سلسلة دراسات مركز الدراسات الفقهية

كتاب الفروق

أنوار البروق في أنواء الفروق

للإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس
أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي
المشهور بالقرافي المتوفى ٦٨٤هـ

دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ.د محمد أحمد سراج   أ.د علي جمعة محمد

المجلد الثالث

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى
1421 هـ - 2001 م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

القاهرة - مصر 120 شارع الأزهر ص ب 161 الغورية
هاتف 5932820 - 2704280 - 2741578 (202) فاكس 2741750 (202)

بسم الله الرحمن الرحيم

فهرس الفروق والقواعد التي تناولها المؤلف في المجلد الثالث

الأولى ويسقط حكم اليمين فيما عداها والجميع مخالفة .

الفرق الثالث والثلاثون والمائة : بين قاعدة النقل العرفي وبين قاعدة الاستعمار المتكرر في العرف .

الفرق الرابع والثلاثون والمائة : بين قاعدة تعذر المحلوف عليه عقلا وبين قاعدة تعذره عادة أو شرعًا .

الفرق الخامس والثلاثون والمائة : بين قاعدة المساجد الثلاثة يجب المشي إليها والصلاة فيها إذا نذرها وبين قاعدة غيرها من المساجد لا يجب المشي إليها إذا نذر الصلاة فيها .

الفرق السادس والثلاثون والمائة : بين قاعدة المنذورات وقاعدة غيرها من الواجبات المتأصلة في الشريعة .

الفرق السابع والثلاثون والمائة : بين قاعدة ما يحرم لصفته وبين قاعدة ما يحرم لسببه .

الفرق الثامن والثلاثون والمائة : بين قاعدة تحريم سباع الوحش وبين قاعدة تحريم سباع الطير .

الفرق التاسع والثلاثون والمائة : بين قاعدة ذكاة الحيات وقاعدة ذكاة غيرها من الحيوانات .

الفرق الأربعون والمائة : بين قاعدة أنكحة الصبيان تنعقد إذا كانوا مطيقين للوطء وللولي الإجازة والفسخ وبين قاعدة طلاقهم فإنه لا ينعقد .

الفرق الحادي والأربعون : بين قاعدة ذوي الأرحام لا يلون عقد الأنكحة وهم أخو الأم وعم الأم وجد الأم وبنو الأخوات والبنات والعمات ونحوهم ممن يدلي بأنثى وبين قاعدة العصبة فإنهم يلون العقد في النكاح وهم الآباء والأبناء والجدود والعمومة والأخوة الشقائق أخوة الأب .

الفرق الثاني والأربعون والمائة : بين قاعدة الأجداد في المواريث يسوون بالأخوة وبين قاعدتهم في النكاح وميراث الولاء وصلاة الجنازة تقدم الأخوة عليهم .

الفرق الثالث والأربعون والمائة : بين قاعدة الوكالة وبين قاعدة الولاية في النكاح .

الفرق الرابع والأربعون والمائة : بين قاعدة الإيماء يجوز الجمع بين عدد أي عدد نشأ منهن كثر أو قل وبين قاعدة الزوجات لا يجوز أنه يزيد على أربع منهن .

الفرق الخامس والأربعون والمائة : بين قاعدة تحريم المصاهرة في الرتبة الأولى وبين

قاعدة ما لا يحرم بالنسب .

الفرق السادس والأربعون والمائة : بين قاعدة ما يحرم بالنسب وبين قاعدة ما لا يحرم بالنسب .

الفرق السابع والأربعون والمائة : بين قاعدة الحضانة لا تعود بالعدالة وقاعدة الفسوق يعود بالجناية .

الفرق الثامن والأربعون والمائة : بين قاعدة ما يلحق فيه الولد بالواطئ وبين قاعدة ما لا يلحق به .

الفرق التاسع والأربعون والمائة : بين قاعدة قيافته ﷺ وبين قاعدة قيافة المدلجين .

الفرق الخمسون والمائة : بين قاعدة ما يحرم الجمع بينهن من النساء وقاعدته ما يجوز الجمع بينهن .

الفرق الحادي والخمسون والمائة : بين قاعدة الإباحة المطلقة وبين قاعدة الإباحة المنسوبة إلى سبب مخصوص .

الفرق الثالث والخمسون والمائة : بين قاعدة زواج الرجل الإماء في ملك غيره والمرأة العبد في ملك غيرها وقاعدة نكاح الرجل الإماء في ملكه والمرأة العبد في ملكها .

الفرق الرابع والخمسون والمائة : بين قاعدة الحجر على النسوان في الإبضاع وبين قاعدة عدم الحجر عليهن في الأملاك .

الفرق الخامس والخمسون والمائة : بين قاعدة الأثمان في البياعات تتقرر بالعقود بلا خلاف وبين قاعدة الصدقات في الأنكحة لا يتقرر شيء منها بالعقود مطلقا على المشهور من مذهب مالك .

الفرق السادس والخمسون والمائة : بين قاعدة ما يجوز اجتماعه مع البيع من نحو الإجارة وقاعدة ما لا يجوز اجتماعه معه .

الفرق السابع والخمسون والمائة : بين قاعدة البيع وتوسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة وهي الأفعال دون شيء من الأقوال وزادوا على ذلك حتى قالوا : كل ما عده الناس بيعا فهو بيع نعم قال الشافعي : لا تكفي المعاطاة دون قول وقاعدة النكاح وقع التشديد فيها فقد اتفقوا على اشتراط الصيغ فيه حتى لا يعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة فيه البينة .

الفرق الثامن والخمسون والمائة : بين قاعدة المعسر بالدين ينظر وبين قاعدة المعسر بنفقات الزوجات لا ينظر .

الفرق التاسع والخمسون والمائة : بين قاعدة أولاد الصلب والأبوين في إيجاب النفقة لهم خاصة وبين قاعدة غيرهم من القرابات .

الفرق الستون والمائة : بين قاعدة المتداعيين من الزوجين شيئا لا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة وبين قاعدة المتداعيين من الزوجين في متاع البيت يقدم كل منهما فيما يشبه أن يكون له .

الفرق الحادي والستون والمائة : بين قاعدة ما هو صريح في الطلاق وبين قاعدة ما ليس بصريح فيه .

الفرق الثاني والستون والمائة : بين قاعدة ما يشترط في الطلاق من النية وبين قاعدة ما لا يشترط .

الفرق الثالث والستون والمائة : بين قاعدة الاستثناء من الذوات وبين قاعدة الاستثناء من الصفات .

الفرق الرابع والستون والمائة : بين انتماء الكل من الكل وبين قاعدة استثناء الوحدات من الطلاق .

الفرق الخامس والستون والمائة : بين قاعدة التصرف في المعدوم الذي يمكن أن نتقر في الذمة وبين قاعدة التصرف في المعدوم الذي لا يمكن أن يتقرر في الذمة .

الفرق السادس والستون والمائة : بين قاعدة الإيجابيات التي يتقدمها سبب تام وبين قاعدة الإيجابيات التي هي أجزاء الأسباب .

الفرق السابع والستون والمائة : بين قاعدة خيار التمليك في الزوجات وبين قاعدة تخير الإماء في العتق .

الفرق الثامن والستون والمائة : بين قاعدة التمليك وقاعدة التخيير .

الفرق التاسع والستون والمائة : بين قاعدة ضم الشهادة في الأقوال وبين قاعدة عدم ضمها في الأفعال .

الفرق السبعون والمائة : بين قاعدة ما يلزم الكافر إذا أسلم وقاعدة مالا يلزم .

الفرق الحادي والسبعون والمائة : بين قاعدة ما يجزئ فيه فعل غير المكلف عنه وبين

قاعدة ما لا يجزئ فيه فعل غير المكلف عنه .

الفرق الثاني والسبعون والمائة : بين قاعدة ما يصل ثوابه إلى الميت وقاعدة مالا يصل ثوابه إليه .

الفرق الثالث والسبعون والمائة : بين قاعدة ما يبطل التتابع في صوم الكفارات والنذر وغير ذلك وما لا يبطل التتابع .

الفرق الرابع والسبعون والمائة : بين قاعدة المطلقات يقضى بالطلاق وأمد العدة قبل علمهن بذلك فيكفي بما تقدم على علمهن من أمدها ولا يلزمهن استيفاؤه وبين قاعدة المرتبات يتأخر الحيض ولا يعلم لتأخره سبب فيمكن عند مالك وأحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ تسعة أشهر غالب مدة الحمل استبراء .

الفرق الخامس والسبعون والمائة : في قاعدة الدائرين بين النادر والغالب يلحق بالغالب من جنسه وبين قاعدة إلحاق الأولاد بالأزواج إلى خمس سنين .

الفرق السادس والسبعون والمائة : بين قاعدة العدد وقاعدة الاستبراء .

الفرق السابع والسبعون والمائة : بين قاعدة الاستبراء بالإقرار يكفي قرأ واحد وبين قاعدة الاستبراء بالشهور .

الفرق الثامن والسبعون والمائة : بين قاعدة الحضانة يقدم فيها النساء على الرجال بخلاف جميع الولايات يقدم فيها الرجال على النساء .

الفرق التاسع والسبعون والمائة : بين قاعدة معاملة أهل الكفر وقاعدة معاملة المسلمين .

الفرق الثمانون والمائة : بين قاعدة الملك وقاعدة التصرف .

الفرق الحادي والثمانون والمائة : بين قاعدة الأسباب العقلية وبين قاعدة الأسباب الشرعية نحو بعت واشتريت وأنت طالق وأعتقت ونحوه من الأسباب .

الفرق الثاني والثمانون والمائة : بين قاعدة ما يتقدم مسببه عليه من الأسباب الشرعية وبين قاعدة مالا يتقدم عليه مسببه .

الفرق الثالث والثمانون والمائة : بين قاعدة الذمة وبين قاعدة أهل المعاملة .

الفرق الرابع والثمانون والمائة : بين قاعدة ما يقبل الملك من الأعيان والمانع وبين قاعدة مالا يقبله منهما .

الفرق الخامس والثمانون والمائة : بين قاعدة ما يجوز بيعه وقاعدة مالا يجوز بيعه .

الفرق السادس والثمانون والمائة : بين قاعدة ما يجوز بيعه جزافا وقاعدة مالا يجوز بيعه جزافا .

الفرق السابع والثمانون والمائة : بين قاعدة ما يجوز بيعه على الصفة وبين قاعدة ما لا يجوز بيعه على الصفة .

الفرق الثامن والثمانون والمائة : بين قاعدة تحريم بيع الربوي بجنسه وبين قاعدة عدم تحريم بيعه بجنسه .

الفرق التاسع والثمانون والمائة : بين قاعدة ما يتعين من الأشياء وقاعدة مالا يتعين في البيع ونحوه .

الفرق التسعون والمائة : بين قاعدة ما يدخله ربا الفضل وبين قاعدة مالا يدخله ربا الفضل .

الفرق الحادي والتسعون والمائة : بين قاعدة اتحاد الجنس وقاعدة تعدده في باب ربا الفضل فإنه يجوز مع تعدده .

الفرق الثاني والتسعون والمائة : بين قاعدة ما يعد تماثلا شرعيًا في الجنس الواحد وقاعدة مالا يعد تماثلا به .

الفرق الثالث والتسعون والمائة : بين قاعدة المجهول وقاعدة العذر .

الفرق الرابع والتسعون والمائة : بين قاعدة ما يسد من الذرائع وقاعدة مالا يسد منها .

الفرق الخامس والتسعون والمائة : بين قاعدة الفسخ وقاعدة الانفساخ .

الفرق السادس والتسعون والمائة : بين قاعدة خيار المجلس وقاعدة خيار الشرط .

الفرق السابع والتسعون والمائة : بين قاعدة ما ينتقل إلى الأقارب من الأحكام غير الأموال وبين قاعدة مالا ينتقل من الأحكام .

الفرق الثامن والتسعون والمائة : بين قاعدة ما يجوز بيعه قبل قبضه وقاعدة مالا يجوز بيعه قبل قبضه .

الفرق التاسع والتسعون والمائة : بين قاعدة ما يتبع العقد عرفا وقاعدة مالا يتبعه .

الفرق المائتان : بين قاعدة ما يجوز من السلم وبين قاعدة مالا يجوز منها .

بسم الله الرحمن الرحيم

[صلى الله على محمد وآله وسلم [1]]

الفرق الحادي والعشرون والمائة

بين قاعدة من ملك أن يملك هل يعد مالكًا أم لا ؟ وبين قاعدة من انعقد له سبب المطالبة بالملك هل يعد مالكًا أم لا ؟ [2]

1640 - اعلمْ أنَّ جماعةً مِنَ مشايخِ المذهبِ [ﷺ] [3] أطلقُوا عباراتِهم بقولهِمْ إن [4] مَنْ مَلكَ أن يَمْلِكَ هَلْ يُعَدُّ مالِكًا أم لا ؟ قولانِ . وَيُخرِّجُونَ علَى ذلك فروعًا كثيرةً في المذهبِ ، منهَا : إذا وُهِبَ لهُ الماءُ في التيممِ هلْ يبطل تيمُّمُه بِنَاءً على أنه يُعدُّ مالكًا أم لَا يبطُلَ بِنَاءً علَى أنه لَا يُعَدُّ مالِكًا ؟ ومن عنده ثمنُ رقبةٍ هل يَجُوزُ له الانتقالُ للصومِ في كفارةِ الظهارِ أم لَا [5] ؟ قولان مبنيان علَى أنَّ منْ ملَكَ أن يَمْلِكَ هل يعَدُّ مالكًا أم لا ؟ ومنْ

---

(1) ساقطة من (ص) ، (ط) .

(2) قال ابن الشاط : قلت : ما نسبه إلى مشايخ من أهل المذهب واعتقد فيهم من أنهم أرادوا مقتضى عباراتهم المطلقة ليس بصحيح ، وما اختاره من عدم إرادة مقتضى الإطلاق هو الصحيح ، والظن بهم أنهم إنما أرادوا ذلك والله تعالى أعلم . انظر ابن الشاط بهامش الفروق (20/3) .

(3) ساقطة من (ك) . (4) زيادة من (ك ، ص) .

(5) اتفق الفقهاء على أن أنواع الكفارة ثلاثة : إعتاق رقبة ، أو صيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكينًا ، كما اتفقوا على أنها على الترتيب فالإعتاق أولا فإن لم يكن فالصيام ، فإن لم يكن فالإطعام . انظر : بداية المجتهد (170/2 ، 171) والدليل على أنها على الترتيب قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ ﴾ فإذا ثبت ترتيب البدل لم يكن العدول إليه إلا بعد عدم المبدل فمتى كان واجدا للرقبة أعتق ولم يصم ، وإن كان عادما لها واجدا لثمنها كان كالواجد لها في المنع من الصوم لأمرين :

أحدهما : قوله تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ ﴾ والقادر على الثمن منسوب إلى الوجود كما قال تعالى : ﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ فكان الواجد لثمن الماء في حكم الواجد للماء .

والثاني : أن حقوق الأموال إذا تعلقت بالذمم كان الواجد لأثمانها في حكم الواجد لها في استحقاق فرضها كما قال تعالى : ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِۚ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ ﴾ فكان الواجد لثمن الهدي في حكم الواجد للهدي في أنه لا يجوز له الانتقال إلى الصوم . انظر : الحاوي الكبير للماوردي (373/13 ، 374) .

قدر على المداواة في السلس أو التزويج هلْ يَجِبُ عليهِ الوضوءُ أمْ لَا ؟ قولانِ بناءً على أن من ملكَ أن يملِك هلْ يعدُّ مالكًا أم لاَ ؟ وكثيرٌ منْ هذهِ الفروعِ زعموا أنهاَ مخرجة علىَ هذه القاعدةِ وليسَ الأمرُ كذلك ، بل هذه القاعدةُ باطلةٌ ، وتلكَ الفروعُ لهَا مدارِكُ غيْر ما ذكروهُ ، وبيانُ بطلانِها أنَّ الإنسانَ إذاَ ملكَ [1] أن يملكَ أربعينَ شاةً ، فهلْ يتخيلُ أحدٌ أنه يُعَدُّ مالكًا الآن قبلَ شرائهَا حتى تجبَ [الزكاةُ عليهِ] [2] على أحد القولينِ ، وإذا كان الآن قادرًا على أن يتزوجَ فهل يجري في وجوبِ الصداقِ والنفقةِ عليه قولان قبلَ أن يخطبَ المرأةَ ؛ لأنهُ ملك أن يملك عصمتَها ، والإنسانُ مالكٌ [3] أنْ يملكَ خادمًا أودابةً ، فهلَ يقولُ أحدٌ : إنه يعدُّ الآنَ مالكًا لهمَا فيجب عليه كلفتهما ومؤنَتُهُمَا علَى قوْلٍ منَ الأقوالِ الشاذةِ أو الجادةِ ، بل هذا لا يتخيله مَنْ عنده أدنىَ مُسْكةٍ [4] من العقلِ والفقهِ ، وكذلك الإنسانُ يملك [5] أن يَشْتَرِيَ أقاربَه ، فهل يعدُّهُ أحدٌ من الفقهاءِ مالكًا لقريبِه فيعتقه عليه قَبلَ شرائِه على أحد القولين في هذهِ القاعدةِ علىَ زعم مَنِ اعتقدها ، بل هذا كله باطل بالضرورة ، ونظائرُ هذهِ الفروع كثيرةٌ لا تُعَدُّ ولاَ تحصَى كثرة [6] ، ولا يمكن أن نجعلَ هذهِ من قواعدِ الشريعةِ البتة [7] ، بل القاعدةُ التي يمكن أن تجْعَلَ قاعدةً شرعيةً ويجرِي فيها الخلافُ في بعضِ فروعِها لا في كُلِهَا أن من جَرى له سببٌ يقتضي المطالبةَ بالتمليكِ هل يعطَى حُكْمَ من ملك ، ومالك قد يَخْتَلفُ في هذا الأصلِ في بعضِ الفروعِ ، ولذلك مسائل :

1641 - المسألة الأولى : إذا حِيزَتِ الغنيمةُ [فقد انعقد] [8] للمجاهدينِ سببُ المطالبةِ بالقسمةِ والتمليكِ ، فهل يعدونَ مالكين لذلك أم لاَ ؟ قولان ، فقيلَ : يملكونَ بالحوزِ والأخذِ وهو مذهب الشافعي [9] [ﷺ] [10] وقيلَ : لا يملكونَ إلا بالقسمةِ وهو مذهبُ

---

(1) في (ط) : [يملك] والصواب ما أثبتناه من (ص) ، (ك) .

(2) في (ك) : [عليه الزكاه] وفي (ص) : [الزكاة] . (3) في (ك) : [ملك] .

(4) مُسْكة : رجل ذو مسكة ومسك ، أي رأي وعقل يرجع إليه ، وقال : لا مُسكة له ، أي لا عقل له ، ويقال : ما بفلان مسكة أي ما به قوة ولا عقل ، ويقال : فيه مسكة من خير أي بقية . انظر اللسان (مسك) (4042) .

(5) في (ك ، ص) : [ملك] . (6) زيادة من (ك ، ص) .

(7) ساقطة من (ك) . (8) ساقطة من (ك) .

(9) هو محمد بن أدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب الإمام ، عالم العصر ، ناصر الحديث ، فقيه الملة ، أبو عبد الله القرشي ثم المطلبي الشافعي المكي ، نسيب رسول الله ﷺ ، وابن عمه ، اتفق مولدُ الإمام بغرة ، مات أبوه إدريس شابًا ، فنشأ محمد يتيمًا في حجر أمه ، وأخذ العلم ببلده عن : مسلم بن خالد مفتي مكة ، وداود بن عبد الرحمن العطار ، وعمه ، وحدث عنه : الحميدي ، أبو عبيد القاسم ، أحمد بن حنبل وغيرهم ، صنف التصانيف ، ودون العلم ، ورد على الأئمة متبعًا الأثر ، وصنف في أصول الفقه وفروعه ، وبَعُدَ صيته ، وتكاثر عليه الطلبة ، توفي سنة 204 هـ . سير أعلام النبلاء 377/8 الكاشف 16/3 ، تذكرة الحفاظ 361/1 .

(10) ساقطة من (ك) .

مالك [1] [رحمه الله] [2] .

1642 - المسألة الثانية : العاملُ في القراضِ وجدَ في حقهِ سبَبٌ يَقْتَضِي المطالبةَ بالقسمةِ وإعطاءِ نصيبهِ من الربحِ ، فهل يعدُّ مالكًا بالظهورِ أولاَ يملكَ إلا بالقسمةِ وهو المشهورُ ؟ قولانِ في المذهبِ .

1643 - المسألة الثالثة : العاملُ في المساقاةِ وجد في حقه من العمل ما يقتضي المطالبةَ بالقسمةِ وتمليكِ نصيبِه منَ الثمنِ ، فهلْ لا [3] يملك إلا بالقسمة أو يملكُ بالظهورِ ؟ وهوَ المشهورُ على عكسِ القراضِ ؟ قولانِ في المذهبِ .

1644 - المسألة الرابعة : الشريكُ في الشفعةِ إذا باع شريكُه تحقق له سبَبُ يقتضي المطالبةَ بأن يملك الشقص المبيعَ بالشفعة ، ولم أرَ خلافًا في أنه غيرُ مالكٍ .

1645 - المسألة الخامسة : الفقيرُ وغيرُه منَ المسلمينَ له سببٌ يقتضي أن يملكَ منْ مال [4] بيتِ المالِ ما يستحقه بصفةِ فقرِه ، أو غيرِ ذلك من الصفاتِ الموجبةِ للاستحقاقِ كالجهادِ ، والقضاءِ ، والفتيا ، والقسمةِ بين الناسِ أملاكهمْ ، وغيرِ ذلك مما شأنُ الإنسانِ أن يُعطَى لأجلهِ ، فإذا سرقَ هلْ يعدُّ كالمالكِ فلاَ يجبُ عليهِ الحدُّ لوجودِ سببِ المطالبةِ بالتمليكِ أو يجبُ عليهِ القطعُ لأنهُ لاَ يعدُّ مالكًا وهوَ المشهورُ ؟ قولان ، فهذه القاعدةُ على ما فيها منَ القوةِ منَ جهة قولنا : جرَى له سببُ التمليكِ في تمشيتها عسْرٌ ؛ لأجل كثرة النقوضِ عليها ، أما هَذَا المفهومُ ، وهُوَ قَوْلنَا : مَنْ ملكَ أَنْ يملكَ مطلَقًا مِنْ غيْرِ جريَان سببِ يقتضِي مطالبتَه بالتمليكِ ولا غيرِ ذلك من القيود ، فهذا جعلُه قاعدةً شرعيةً ظاهر البطلانِ لضعفِ المناسبةِ جدًّا أو لعدمها البتة ، أما إذا قلنا : انعقدَ له سببٌ يقتضي المطالبةَ بالتمليكِ فهو مناسبٌ لأن يعَدَّ مالكًا من حيثُ الجملةُ تنزيلًا لسببِ السببِ منزلةَ السببِ ، وإقامةِ السببِ [5] البعيدِ مقامَ السببِ القريبِ ، فهذا يمكن أنَ يتخيل وقوعه قاعدة في الشريعة ، أما مجرد ما ذكروه فليس فيه إلا مجرد الإمكان

(1) هو الإمام الحجة إمام دار الهجرة أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي المدني ، روى عن : خلق كثير منهم : أيوب بن أبي تميمة السختياني ، وأبو الزناد . وعنه : الزهري ، ومعمر ، وابن جريج وابن سعد . قال الشافعي : إذا ذُكر العلماء فمالك النجم . وعن ابن عيينة قال : مالك عالم أهل الحجاز وهو حجة زمانه ، توفي سنة 179 هـ .

تذكرة الحفاظ 207/1 . العبر 272/1 ، سير أعلام النبلاء 382/7 .

(2) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(3) ساقطة من (ك) .

(4) ساقطة من (ط) .

(5) في (ص) : [للسبب] .

والقبول للملك وذلك في غاية البعد عن المناسبة فلا يمكن جعله قاعدة .

1646 - وتتخرج [1] تلك الفروعُ بغيرِ هذهِ القاعدةِ ، ففّي الثوبِ للسترةِ يلاحظ فيها قوةُ الماليةِ فلا يلزمهَ ، أو أنه إعَانةٌ علي دينِ اللهِ [ﷻ] [2] ليسَ من بابِ تحصيلِ الأموالِ فيلزمه ، ويكافئ عنه إن شاء الله ، وكذلك القولُ في الماءِ يوهبُ له هل ينظر إلى يسارته فلا منه .

أو يلاحظ المالية وهي ضررٌ منفي عن المكلف لقوله ﷺ [3] « لاضرر ولا ضرار » [4] ولقوله [5] ﷻ : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج : 78] وواجد الثمن يخرج علي تنزيلِ وسيلته منزلته أم لا ، وكذلك القادرُ على التداوي إلى غير ذلك من النصوصِ والأقيسةِ والمناسباتِ التي [اشتهر في الشريعة] [6] اعتبارُها وهي مشتملةٌ على موجب الاعتبارِ ، أما مالا يشتملُ علَي مُوجَبِ الاعتبارِ فلا يمكنُ جعلهُ قاعدةً شرعية ، بل ينبغي أن يُضَافَ إليه مِنَ القيودِ الموجبةِ للمناسبة كما تقدم ما يُوجِبُ اشتمالَه علَى مُوجب الاعتبارِ ونقلِ النقوضِ عليه ، وتظهرُ مناسبته ، أما عدمُ المناسبةِ وكثرةُ النقوضِ ، فاعتبار مثلِ هذا من غير ضرورةٍ خلافُ المعلومِ من نمطِ الشريعةِ فتأمّل ذلك ؛ فإنه قد كَثُرَ بين المتأخرين [من الشراح] [7] خُصُوصًا الشيخَ أبا [8] الطاهرِ بنَ بشيرٍ [9] ، فإنه اعتمدَ عليهِ في كتابهِ المعروفِ بالتنبيهِ كثيرًا .

---

(1) في (ك) : [خرّج] .
(2) ساقطة من (ص) و (ك) .
(3) في (ك ، ص) : [ﷺ] .
(4) ابن ماجه (الأحكام) (2332) ، الموطأ (الأقضية) (1234) .
(5) في (ك ، ص) : [تعالى] .
(6) في (ك) : [اشتهر في الشرع] ، وفي (ص) : [أشهر في الشريعة] .
(7) زيادة من (ك ، ص) .
(8) في (ك ، ص) : [أبو] .
(9) هو أبو الطاهر بن إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التنوخي المهدوي ، الإمام العالم الجليل الحافظ النبيه بينه وبين أبي الحسن اللخمي قرابة ، وأخذ من الإمام السيوري وغيره ، ألف كتاب « التنبيه » وذكر فيه أسرار الشريعة وكتاب « المختصر » وذكر فيه أنه أكمله سنة 526 ، مات شهيدًا ، لم أقف على وفاته . شجرة النور الزكية 126 .

الفرق الثاني والعشرون والمائة

بين قاعدة الرياء في العبادات وبين

قاعدة التشريك في العبادات

1647 - اعلم أن الرياءَ في العباداتِ شركٌ وتشريكٌ معَ الله تعالى في طاعتِهِ ، وهو موجبٌ للمعصيةِ والإثمِ والبطلانِ في تلك العبادةِ ، كما نَصَّ عليه الإمامُ [1] المحاسبي [2] وغيرُه ، ويعضِّدَهُ ماَ في الحديثِ الصحيحِ أخرجه [3] مسلمٌ وغيرُه أنْ الله تعالى يقُول : « أنا أغنَى الشركاءِ عن الشركِ فمن عمل عملاً أشرَكَ فيهِ غيري تَركتُهُ لهُ أو تركته لِشريكي » [4] فهذاً ظاهرٌ في عدم الاعتدادِ بذلكَ العملِ عندَ اللهِ تعالى ، وكذلك قولَهُ تعَالَى : ﴿ وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعۡبُدُواْ ٱللَّهَ مُخۡلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ ﴾ [البينة : 5] يدلّ على أن [غير المخلصين للّه تعالى ليسوا مأمورين به] [5] وما هو غيرُ مأمورٍ به لا يُجزِي عنِ المأمورِ بِهِ ، فلا يعتد بهذِهِ العبادةِ وهوَ المطلوبُ ، وتحقيقُ هذهِ القاعدةِ وسرها وضابطها أن يعملَ العملَ المأمورَ به والمتقربَ بِهِ إلى الله تَعَالَى ويقصدَ به وجهَ اللهِ تعالى ، وأن يعظمه الناسُ أو يعظمَ [6] في قلوبهم فيصلُ إليه نفعُهُم ، أو يندفعُ عنه ضَرَرُهُم ، فهذا هُوَ قاعدَةُ أحدِ قسمي الرياء .

1648 - والقسمُ الآخرُ : أن يعملَ العملَ لا يريدُ به وجهَ الله [تعالى البتة] [7] ، بل الناسَ فقط ، ويسمى هذَاَ القسمُ رياءَ الإخلاصِ والقسمُ [الآخرُ يسمَّى] [8] رياءَ الشركِ ؛ لأنَّ هذا لا تشريكَ فِيهِ ، بل خالِصٌ للخلِق ، والأولُ للخلقِ وللّهِ تعالى .

1649 - وأغراضُ الرياءِ ثلاثةٌ : التعظيمُ ، وجلبُ المصالحِ الدنيويةِ ، ودفعُ المضارِّ

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .

(2) هو شيخ الصوفية ، أبو عبد الله الحارث بن أسد البغدادي المحاسبي ، قال السمعاني في الأنساب 207/5 وقد قيل له هذه النسبة لأنه كان يحاسب نفسه ، وقيل : كانت له حصى يعدها ويحسبها حالة الذكر ، قيل عنه : إنه كبير القدر ، دخل في شيء يسير من الكلام فنقم عليه ، تفقه وعرف مذهب النسّاك . روى عنه ابن مسروق ، وأحمد بن القاسم ، والجنيد ، وغيرهم ، له كتب في الزهد وأصول الديانة والرد على المعتزلة ، من أقواله : ترك الدنيا مع ذكرها صفة الزاهدين ، وتركها مع نسيانها صفة العارفين. توفي سنة (243 هـ) . انظر: سير أعلام النبلاء 100/10 ، 101 .

(3) في (ص) : [خرجه] .

(4) أخرجه : مسلم (زهد) (46) ، ابن ماجة (زهد) (21) .

(5) في (ص ، ك) : [غير المخلص للّه تعالى ليس مأمورا به] .

(6) ساقطة في (ص ، ك) .

(7) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(8) زيادة من (ص ، ك) .

الدنيويةِ ، والأخيران يتفرعانِ عن الأولِ ، فإنه إذا عَظُمَ انجلبت إليهِ المصالحُ واندفعتْ عَنْهُ المفاسِدُ ، فهذا هو [1] الغرضُ الكلي في الحقيقةِ ، فهذه قاعدةُ الرياءِ المبطلة للأعمالِ المحرمة بالإجماعِ ، وأما مطلقُ التشريكِ كمن جَاهَدَ ليُحَصِّلَ طاعةَ اللهِ [2] بالجهادِ ، وليُحَصِّلَ المَالَ مِنَ الغنيمةِ ، فهذا لا يَضُرُّهُ ولا يحرمُ عليهِ بالإجماعِ ؛ لأن الله تعالى جعل لَهُ هَذَا فِي هذهِ العبادةِ ، ففرقٌ بين جهادِهِ ليقولَ الناسُ : إنه شجاعٌ ، أو ليعظمهُ الإمامُ فيكثرُ عطاؤهُ من بيتِ المالِ ، فهذا [3] ونحوه رياءٌ حرامٌ ، وبين أن يجاهد ليُحَصِّلَ السبايا والكراعَ [4] والسلاحَ من جهةِ أموالِ العدوِ ، فهذا لا يضره مع أنه قد شرك ، ولا يقال لهذا رياء فسببُ الرياءِ أن يعمل ليراه [5].[6] غيرُ اللهِ تعالى [7] من خلقه ، والرؤية لا تصح إلا من الخلقِ ، فمن لا يرى ولا يبصر لا يقالُ في العملِ بالنسبة إليه رياء .

والمالُ المأخوذُ في الغنيمة ونحوهِ لا يُقَال إنه يَرَى أو [8] يُبْصَرُ فلا يصدُقُ على هذه الأغراضِ لفظُ الرياءِ لعدم الرؤية فيها ، وكذلك مَنْ حج وشرك في حجهِ غرضَ المتجرِ بأن [9] يكونَ جُلُّ مقصودِه [10] أو كله السفرَ للتجارةِ خاصةً ويكونُ الحجُّ إمَا مقصودًا مع ذلك أو غيرَ مقصودٍ ، ويقعُ تابعًا اتفاقًا ، فَهذَا أيضًا لا يقدح في صحة الحجِّ ولا يُوجِبُ إثمًا ولا معصيةً ، وكذلك مَنْ صَامَ ليصح جَسَدُهُ أو ليحصل له زوال مرضٍ من الأمراضِ التي ينافيهَا الصيامُ ، ويكونُ التداوي هو مقصودَه أو بعضَ مقصودهِ والصومُ مقصودٌ مع ذلك ، وأوقع الصومَ مع هذه المقاصدِ لا تقدح هذه المقاصدُ في صومِه ، بل أمر بها صاحبُ الشرعِ [في قوله] : [11] [ﷺ] [12] « يا معشرَ الشباب مَن استطاعَ منكم الباءَةَ فليتزوج ، ومَنْ لَمْ يَستطعْ فعليه بالصوم ؛ فإنه له وِجَاءٌ » [13] أيَ قاطع ، فأمرَ

---

(1) في ص ، ط (فهو) .

(2) ساقطة من (ك) .

(3) في (ص ، ك) [هذا] .

(4) الكراع : اسم يجمع الخيل . والكراع السلاح وقيل : هو اسم يجمع الخيل والسلاح . انظر : لسان العرب مادة (كرع) ص (3858) .

(5) في (ك) : [يره] ، والصواب ما أثبتناه .

(6) في (ص) : [بسبب أن الرياء يعمل أن يراه] وفي (ط) : [بسبب أن الرياء ليعمل أن يراه] ، والصواب ما أثبتناه من (ك) .

(7) ساقطة من (ك) .

(8) في (ص ، ك) : [و] .

(9) في (ص ، ك) : [بل] .

(10) في (ص ، ك) : [مقصده] .

(11) في (ك) : [وقوله] .

(12) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(13) البخاري (صوم) (10) ، مسلم (نكاح) (1) ، أبو داود (نكاح) (1) ، النسائي (صيام) (43) ، ابن ماجه (نكاح) (1) ، االدارمي (نكاح) (2) ، أحمد 378/1 .

بالصومِ لهذا الغرضِ ، فلو كان ذلك قادحًا لم يَأمُرْ بِه عليه الصلاةُ والسلام في العبادات [1] وما [2] مَعهَا ، ومن ذلك أن يُجَدِّدَ وُضُوءَهُ [ليحصلَ لهُ] [3] التبردُ أو التنظيفُ ، وجميعُ هذهِ الأغراضِ لا يدخل فيها تعظيمُ الخلقِ ، بل هي تشريكُ أمورٍ من مصالحَ ليس لها إدراكٌ ، ولا تصلح للإدراكِ ولا للتعظيم ، فلا تقدحُ في العباداتِ ، فظهرَ الفرقُ بين قاعدةِ الرياءِ في العبادات [4] وبين قاعدةِ التشريكِ في العباداتِ [5] غرضًا آخرَ غيرَ الخلقِ مع أن الجميعَ تشريكٌ . نعم لا يمنع أن هذه الأغرَاض المخالطةَ للعبادةِ قد تنقِصُ الأجرَ وأن العبادةَ إذا تجردت عنهاَ زادَ الأُجرُ ، وعظمَ الثوابُ ، أما الإثمُ والبطلانُ فلا سبيلَ إليه ، ومن جهته حصلَ الفرقُ لا من جهةِ كثرةِ الثوابِ ، وقلتِه .

---

(1) في (ص ، ك) : [العباداة] .

(2) في (ص ، ك) : [ولا] .

(3) في (ط) : [وينوي] .

(4) في (ص ، ك) : (العبادة) .

(5) في (ص ، ك) : (العبادة) .

الفرق الثالث والعشرون والمائة

بين قاعدة عقد الجزية وبين قاعدة غيرها مما يوجب التأمين

1650 - وهو إما [المصالحةُ] [1] أو الأمانُ [2] والجميعُ يوُجبُ الأمانَ والتأمينَ ، غير أنَّ عقدَ الجزيةِ يكونُ لضرورةٍ ولغيرِ ضرورةٍ ؛ لأنَّ الله سبحانه [3] وتعالَى إنما أوجبَ القتالَ عندَ عدمِ موافقتِهم على أداءِ الجزيةِ بقولِهِ تعالى [4] : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴾ [التوبة : 29] فجعلَ القتالَ مغيا إلى وقتِ موافقتِهم عَلَى أداءِ الجزيةِ ولاَ يَعقدُهُ إلا الإمامُ ، ويدومُ للمعقودِ لهم ، ولذراريهم إلى قيام الساعةِ إلا أن يحصُلَ للعقدِ ناقضٌ كما تقدم تفصيلُ النواقضِ ، وأنه ليسَ رخصةً على خلافِ القواعد ، بل على وفق القواعد كما تقدم بيان ذلك .

1651 - وأما التأمينُ فيصح من آحادِ الناسِ بخلافِ عقْدِ الجزيةِ يشترَطُ [5] أن يكونَ في عددٍ محصورٍ كالواحدِ ونحوِه ، وأما الجيشُ الكثيرُ فالعقدُ في تأمينهِ لِلأَمير على وجهِ المصلحةِ ، ولا يجوزُ إلا لضرورةٍ تقتضي ذلك ، وكذلكَ عقدُ المصالحةِ لا يجوزُ إلا لضرورةٍ ، ولا يعقدُه إلا الإمامُ ، ويكونُ إلى مدةٍ معينةٍ بخلافِ الجزيةِ ، ويجوزُ بغيرِ مالٍ يُعْطونَه ، بخلافِ الجزيةِ لابدَّ فِيهَا منَ المالِ ، وهو رخصة على خلافِ قاعدةِ القتالِ ، وطلب الإسلام منهم ، ولذلك لا يكونُ إلا عندَ العجزِ عن قتالهم أو [6] إلجائِهم إلى الإسلامِ أو الجزيةِ ، وشروطُ الجزيةِ كثيرةٌ معلومةٌ متقررةٌ في الشرع [7] ، وشروطُ المصالحةِ بحسبِ ما يحصلُ الاتفاقُ عليها ما لم يَكُنْ في الشروطِ [8] فسادٌ على المسلمينِ ، وكذلك التأمينُ ليس له شروطٌ ، بل بحسب الواقع ، واللازم فيه مطلقُ الأمانِ والتأمينِ ، وعقدُ الجزيةِ يُوجِبُ على المسلمينَ حقوقًا متأكدةَ مِن الصَّونِ لهم ، والذَّبُّ عنهم كَمَا

---

(1) في (ط) : [المصلحة] والصواب ما أثبتناه من ص ، ك .

(2) عرف الفقهاء الأمان بأنه : رفع استباحة دم الحربي ، ورقه ، وماله حين قتاله ، أو العزم عليه مع استقراره تحت حكم الإسلام . انظر : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب (360/3) . طبع مكتبة النجاح بليبيا .

(3) زيادة من (ص ، ك) .

(4) زيادة من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [بشرط] .

(6) في (ص ، ك) : [و] .

(7) لعل مراد القرافي بقوله : وشروط الجزية كثيرة معلومة متقررة في الشرع ، الشروط التي يجب أن تتوفر فيمن عليهم الجزية ، فشروط مَنْ تجب عليهم الجزية ثلاثة : الذكورية والبلوغ والحرية ولا تجب على النساء ، ولا على الصبيان ، ولا على العبيد ، واختلف الفقهاء في المجنون والمقعد والشيخ وأهل الصوامع والفقير هل يتبع بها دينا متى أيسر أم لا ؟ انظر : بداية المجتهد (469/2) بتصرف يسير .

(8) في (ص ، ك) : [الشرط] .

تَقَدَّمَ بيانُهُ ، والمصالحَةُ لا تُوجِبُ مثلَ تلكَ الحقوقِ ، بل يكونونُ أجانبَ منا لا يتعين علينا بِرُّهُمُ وَلاَ الإحسانُ إليهم ؛ لأنهُمْ ليسوُا في ذمتنا ، غيرَ أنا لا نَغْدرُ بِهِم [ولا نتعرض لهم] [1] فقط ، ونقوُم بما التزمنا لهم في العقدِ مِنَ الشروطِ ، واتفقنا عليها من غير أن نُوَاسِيَ فقِيرَهُمْ وننصُرَ مَظْلُومَهُمْ ، بل نتركُهم يفتصلونَ بأنفسِهم ، بخلاف عقدِ الجزيةِ يجبُ علينا فيه دفعُ التظالمِ بينهم ، وغير ذلك مما هو مقررٌ في الفقهِ مبسوطًا هُنَالِك [2] ، فهذا هُوَ الفرقُ بين هذهِ القواعدِ [3] .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .　　　(2) في (ص ، ك) : [هناك] .

(3) ذكر البقوري مسألتين أضافهما لكلام القرافي قال : قلت : ولنذكر هنا مسألتين فقهيتين بينهما اشتباه ثم وقعت المخالفة في الحكم .

المسألة الأولى : قال ابن القاسم : إذا دخلت المرأة من أهل الحرب إلينا بأمان فأسلمت فولاؤها للمسلمين فإن سبي أبوها بعد ذلك جر ولاء ابنته إلى معتقه . وقال : إذا أعتق المسلم النصراني فلحق بدار الحرب ناقضا للعهد ثم سبي فأعتقه من صار إليه ، فإنه يكون ولاؤه للذي أعتقه أخيرا وينتقل عن الأول ، وفي كلا الموضعين قد ثبت الولاء ، فالفرق بينهما أن ولاء الابنة كان للمسلمين لعدم من يستحقه من جهة القرابة ، فلما وجد ذلك انتقل إليه . والنصراني لما سبي بعد عتقه بطل عتقه الذي كان من المسلم الأول ، وصار كأنه عبد لم يعتق قط ، فإذا أعتقه الثاني كان الولاء له .

المسألة الثانية : إذا أسلمت أم ولد الذمي ثم أسلم الذمي بعدها كان أحق بها ، ما لم يحكم ببيعها أو عتقها على الخلاف ، ويعود الولاء إليه ، وإذا أسلمت جارية الذمي فوطئها بعد الإسلام فحملت ثم أسلم كانت كالتي قبل الإسلام ولا يعود إليه الولاء وكلتاهما أم ولد الذمي . فالفرق أنها إذا حملت قبل الإسلام في الكفر فقد ثبت وجود جريمة الاستيلاد في حالة يثبت له عليها الولاء فيها ، فترجع إليه إذا أسلم ، وليس كذلك إذا أولدها بعد الإسلام ، لأن الاستيلاد حصل منها في حالة لا يصح أن يثبت له عليها ولاء فلذلك لم يثبت له عليها ولاء إذا أسلم . انظر : ترتيب الفروق واختصارها للبقوري (433/1 ، 434) .

الفرق الرابع والعشرون والمائة

بين قاعدة ما يجب توحيد [الله سبحانه و[1] تعالى] به من التعظيم وبين قاعدة مالا يجب [توحيده به][2]

1652 - اعلم أن توحيدَ اللهِ تعالى[3] بالتعظيمِ ثلاثةُ أقسامٍ : واجبٌ إجماعًا وغيرُ واجبٍ إجماعًا ، ومختلفٌ فيه هل يجبُ توحيدُ الله تعالى[4] به أم لا ؟

1653 - القسم الأول : الذي يَجِبُ توحيدُ اللهِ تعالى به من التعظيمِ بالإجماع فذلك كالصلواتِ على اختلافِ أنواعِها ، والصومِ على اختلافِ رُتبِهِ في الفرضِ والنفلِ والنذرِ ، فلا يجوزُ أن يُفْعَلَ شيءٌ من ذلك لغير اللهِ تعالى ، وكذلك الحجُّ ونحو ذلك ، وكذلك الخلقُ والرزقُ ، والإماتةُ والإحياءُ ، والبعثُ والنشرُ ، والسعادةُ والشقاء والهداية والإضلال والطاعة والمعصية ، والقبض والبسط ، فيجب على كل واحد[5] أن يعتقد توحيدَ اللهِ تعالى وتوحُّدهُ بهذهِ الأمورِ على سبيلِ الحقيقةِ ، وإن أضيف شيء منها لغيرِه تعالى[6] فإنما ذلكَ على سبيلِ الربطِ العادي . لا أن ذلك المشارَ إليه فعلَ شيئًا حقيقة ، كقولنا : قتله السمُّ ، وأحرقته النارُ ، وأرواه الماءُ ، فليس شيء من ذلك يفعل شيئًا مما ذكر حقيقةً ، بل اللهُ تعالى ربطَ هذه المسبباتِ بهذهِ الأسبابِ كما شَاءَ وأراد ، ولو شاءَ لَمْ يربطها وهو الخالقُ لمسبباتِها عندَ وُجُودِها لا[7] أن تلكَ الأسبابَ هي الموجدةُ .

وكذلك إخبارُ اللهِ تعالى عن عِيسَى عليه السلام أنه كان يُحيي الموتى ، ويبرئُ الأكمهَ والأبرصَ ، معناه أن الله تعالى كَان يحيي الموتى ويبرئُ عند إرادةِ عيسَى عليه السلام لذلك[8] ، لا أن عيسَى عليه السلام هو الفاعلُ لذلك حقيقةً ، بل اللهُ تعالى هو الخالقُ ، ومعجزة عيسَى عليه السلام في ذلك ربطُ وقوعِ ذلك الإحياءِ وذلك الإبراءِ بإرادته ، فإن غيرَه يريدَ ذلَك ، ولا يلزم إرادته ذلك فاللزومُ بإرادته هُوَ معجزتُه عليه السلام[9] وكذلك جميعُ ما يظهرُ على أيدي

---

(1) في (ك) ، (ط) : [الله تعالى] .
(2) في (ص ، ك) : [توحده به وتوحيده] .
(3) ساقطة من (ك) .
(4) ساقطة من (ك) .
(5) في (ط) : [أحد] .
(6) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(7) في (ك) : [إلا] .
(8) في (ص ، ك) : [كذلك] .
(9) وقد أشار القرآن الكريم إلى أن إحياء عيسى الموتى وإبراءه الأكمه والأبرص وغير ذلك إنما كان بإذن الله ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ إِذْ قَالَ اللَّهُ يَا عِيسَى ابْنَ مَرْيَمَ اذْكُرْ نِعْمَتِي عَلَيْكَ وَعَلَىٰ وَالِدَتِكَ إِذْ أَيَّدتُّكَ بِرُوحِ الْقُدُسِ تُكَلِّمُ النَّاسَ فِي الْمَهْدِ وَكَهْلًا ۖ وَإِذْ عَلَّمْتُكَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَالتَّوْرَاةَ وَالْإِنجِيلَ ۖ وَإِذْ تَخْلُقُ مِنَ الطِّينِ كَهَيْئَةِ =

الأنبياءِ [والأولياءِ] [1] من المعجزات والكراماتِ [2] اللهُ تعالى هو خالقُها ، وكذلك يجبُ توحيدُه تعالى باستحقاقِ العبادةِ والإلهيةِ وعمومِ تعلق صفاته تعالى ، فيتعلق عمله بجميع المعلوماتِ ، وإرداته بجميع الكائنات ، وبصرُه بجميعِ الموجوداتِ الباقياتِ والفانياتِ ، وسمعُه بجميعِ الأصواتِ ، وخبرُه بجميع المخبراتِ ، [فهذا ونحوه] [3] توحيدٌ واجبٌ بالإجماعِ من أهلِ الحقِ لا مشاركةَ لأحدٍ فيه .

1654 - **القسم الثاني** : وهو المتفقُ على عدمِ التوحيدِ فيه والتوحدِ كتوحيدِه بالوجودِ والعلم ونحوهما ، فمفهومُ الوجودِ مشتركٌ فيه ، سواءٌ قلَنا : هو عينُ الموجودِ أو غيره ، فإنا إن [4] قلنا : الوجودُ زائدٌ على الموجودِ فهو مشتركٌ فيه في الخارج ، وإن قلنا : وجودُ كلِّ شيء فنريدُ نفسَ ماهيتِه في الخارجِ ، وأما في الذهنِ فنحنُ نتصورٌ من معنى الوجودِ معنى عامًا يشملُ الواجبَ والممكنَ ، فتلك الصورةُ الذهنيةُ وقعت الشركةُ فيها ، فعلمنا أن التوحيدَ في أصلِ الوجودِ غيرُ واقعٍ على التقديرين ، وكذلكَ مفهومُ العلمِ من حيثُ هوَ علمٌ وقعتِ الشركةُ فيه بين الواجبِ والممكنِ ، وكذلك مفهومُ الحياةِ والسمعِ والبصرِ والإرادةِ والكلامِ النفساني وأنواعهِ من الطلبِ في الأمرِ والنهيِ والخبرِ ، وغير ذلك من أنواعِ الكلامِ النفساني ، ولولا الشركةُ في أصولِ هذه المفهومات لتعذَّرَ علينا قياسُ الغائبِ على الشاهدِ ، فإن القياسَ بغير مشتركٍ متعذرٌ [5] وقياسُ المباين على مباينهِ لا يصحُّ .

1655 - وقد أوردَ بعضُ الفضلاءِ هذا السؤالَ فقال : إن كانَ القياسُ صحيحًا لمعنى مشترك بينَ الشاهدِ والغائبِ فقد وقعتِ المشابهةُ بين صفاتِ الله تعالى وصفاتِ البشر ، [واللهُ ﷻ] [6] لا تشبه ذاتُه تعالى [7] ذاتًا ، ولا صفةٌ من صفاته صفة من صفاتِ غيرِه ، ﴿ لَيۡسَ كَمِثۡلِهِۦ شَيۡءٞۖ وَهُوَ ٱلسَّمِيعُ ٱلۡبَصِيرُ ﴾ [الشورى : 11] .

= ﴿ ٱلطَّيۡرِ بِإِذۡنِي فَتَنفُخُ فِيهَا فَتَكُونُ طَيۡرَۢا بِإِذۡنِيۖ وَتُبۡرِئُ ٱلۡأَكۡمَهَ وَٱلۡأَبۡرَصَ بِإِذۡنِيۖ وَإِذۡ تُخۡرِجُ ٱلۡمَوۡتَىٰ بِإِذۡنِيۖ ﴾ سورة المائدة آية (110) .

(1) في (ك) : [عليهم الصلاة والسلام] .

(2) المعجزة : أمر خارق للعادة مقرون بالتحدي الذي هو دعوى الرسالة ، أو النبوة مع عدم المعارضة ، وقال السعد : هي أمر يظهر بخلاف العادة على يد مدعي النبوة عند تحدي المنكرين على وجه يعجز المنكرين عن الإتيان بمثله . أما الكرامة : فهي ما يظهر على يد عبد ظاهر الصلاح . انظر : جوهرة التوحيد للقاني مع تحفة المريد للبيجوري ص 133 طبعة دار الكتب الحديثة .

(3) في (ك) : [فهذه ونحوها] ، وفي (ص) : [فهذه ونحوه] .

(4) في (ط) : [فإن] .

(5) في (ط) : [معتذر] والصواب ما أثبتناه .

(6) في (ك) : [والله تعالى] .

(7) زيادة من (ص) .

والسلبُ الذي في هذه الآيةِ عامٌّ في الذاتِ والصفات ، وإن لم يكن القياسُ صحيحًا تعذرَ إثباتُ الصفاتِ ، فإن مستندَها قياسُ الغائبِ علي الشاهد . **والجواب عن هذا السؤال** أن السلبَ للمثليةِ المستفادَ من الآيةِ صحيحٌ ، والقياسُ أيضًا صحيح ، ووجه الجمعِ بينهما أن المعاني [1] لها صفاتٌ نفسيةٌ تقعُ الشركةُ فيها فبها يقعُ القياسُ ، وتلك الصفاتُ النفسيةُ حُكْمٌ لذلك المعنى وحالٌ من أحوالِه النفسية ، وهي حالةٌ غيرُ معللةٍ ، وذلك كما نقول : كونُ السوادِ سَوَادًا وكونُ البياضِ بياضًا حالةٌ [للسواد والبياض] [2] ، وهي حالةٌ غيرُ معللةٍ وهذه [3] الحالُ لا موجودةٌ ولا معدومةٌ ، فليس خصوصُ السوادِ الذي امتاز به على جميعِ الأعراضِ صفةً وجوديةً قائمةً بالسوادِ ، وكذلك كونُه عرَضًا ليس بصفةٍ وجوديةٍ قائمةٍ بالسوادِ ، بل السوادُ في نفسِهِ بسيطٌ لا تركيبَ فيهِ ، وحقيقةٌ واحدةٌ في الخارجِ ليس لها صفةٌ بل يُوصَفُ بِهَا ، ولا [4] توصفُ بصفةٍ وجوديةٍ حقيقة تقوم بها ، وكذلك القولُ في بقيةِ المعاني ، فكذلكَ كونُ العلمِ علمًا صفةٌ نفسيةٌ ، وحالة له ليست صفةً موجودةً في الخارج ، قائمةً بالعلم ، فالقياسُ وقعَ بهذه الحالةِ النفسيةِ والحكمِ النفسي ، لا بصفةٍ وجوديةٍ ، وكذلك القولُ في الإرادةِ والحياةِ وغيرِهما من بقية الصفات ، وإذا كان القياس إنما هو باعتبار أمرٍ مشترك بين الشاهدِ والغائبِ هو حكمٌ نفسي ، وحالةٌ ذاتيةٌ ليست بموجودةٍ في الخارجِ فالسلبُ [5] الذي في الآيةِ معناهُ أن المثليةَ منفيّةٌ بينَ الذاتِ وجميعِ الذواتِ ، وكل صفة له تعالى ، وبين صفاتِ المخلوقاتِ في أمرٍ وُجُودِي ، فإنهُ [6] لا صفةَ وجودية مشتركةً بين اللهِ وخلقهِ البتة ، بل الشركةُ إنما وقعت في أمورٍ ليستْ موجودةً في الخارجِ كالأحوالِ والأحكامِ والنسبِ والإضافاتِ كالتقدمِ والتأخرِ والقبليةِ والبعديةِ والمعيةِ وغير ذلك من النسبِ والإضافاتِ ، أما في صفةٍ وجوديةٍ فلا ، فهذا وجهُ الجمعِ بين قياسِ الشاهدِ على الغائب ، وبين نفيِ المشابهةِ ، وبسْط هذا في كتبِ أصولِ الدين ، وقد بسطته في شرحِ الأربعينَ ، وأوردت هذا السؤالَ ، وأجبتُ عنه هنالكَ مبسوطًا ، فهذا القسمُ ونحوُه لاَ يجبُ التوحيدُ فِيه على هذا التفسيرِ إجماعًا ، فيجوزُ أن يوصفَ [7] المخلوقُ بأنه عالمٌ ومريدٌ وَحَيٌّ وموجودٌ ومخبرٌ وسميعٌ وبصيرٌ ونحو [8] ذلك من غير اشتراكٍ في اللفظِ ، بل باعتبارِ معنيً عامٍ

(1) في (ك) : [للمعاني] .
(2) في (ك) : [للبياض والسواد] .
(3) في (ك) : [هذا] .
(4) في (ك) : [ولا ولا] .
(5) في (ص ، ك) : [والسلب] .
(6) في (ص ، ك) : [وإنه] .
(7) في (ص ، ك) : [يصف] .
(8) في (ص ، ك) : [غير] .

علَى ما تقدم تفسيره (1) .

1656 - القسم الثالث : الذي اختلفَ فيه هل يجبُ توحيدُ اللهِ تعالى به أم لا ؟ فهذا هوَ التعظيمُ بالقسم ، فهل يجوزُ أن يُقْسِمَ بغيرِ اللهِ تعالى فلا يكونُ من التعظيمِ الذي وَجَبَ التوحيدُ فيه أو لايجوزُ فيكونُ من التعظيمِ الذي وَجَبَ التوحيدُ فيه ، وهذَا القسم هو الذي سيقَ الفرقُ لأجلِه ، لأنه المتعلقُ بالقواعدِ الفقهيةِ ، وقد اختلفَ العلماءُ (2) فيه فَقَالَ (3) الشيخُ الفقيهُ (4) أبو الوليدِ بنُ رشدٍ (5) في المقدماتِ (6) : هو مباحٌ كالحلفِ باللهِ تَعَالَى وبأسمائهِ الحسنى وبصفَاتِه العلا (7) ،

---

(1) قال ابن الشاط : قلت ما قاله في ذلك غير صحيح فإنه لا يخلو أن تقول : إن الوجود هو عين الموجود أو غيره . فإن قلت بالأول لم يصح القول بعدم التوحيد والتوحد من حيث إن وجود الباريءُ تعالى عين ذاته ، ووجود غيره عين ذاته والغيران كل واحد منهما منفرد بذاته غير مشارك فيها فلا يصح على ذلك القول بعدم التوحيد والتوحد على هذا باعتبار الوجود الخارج عن الذهن ، وأما باعتبار الأمر الذهني فلا يصح على ذلك الاتفاق على القول بعدم التوحيد والتوحد للخلاف في الأمر الذهني ، وإن قلنا بالأمر الثاني فلا يصح أيضا القول بعدم التوحيد والتوحد من حيث إن وجود كل واحد من الغيرين يختص به هذا على القول بإنكار الحال وأما على القول بالحال فلا يخلو أن يقال إن الحال هي الأمر الذهني أو لا . فإن قلنا بالأول لم يصح الاتفاق على عدم التوحيد والتوحد للخلاف في الأمر الذهني ، وإن قلنا بالأمر الثاني لم يصح القول بعدم التوحيد والتوحد لاختصاص كل واحد من الغيرين بحاله كما سبق في الوجود ، وما قاله من أنه لولا الشركة في أصول هذه المفهومات لتعذر علينا قياس الغائب على الشاهد وما ذكر من أن بعض الفضلاء أورده وارد ، وجوابه بالتزام بطلان قياس الغائب على الشاهد وعدم تعذر إثبات الصفات لذلك ؛ لأنه لا يتعين لإثباتها قياس الغائب على الشاهد وما أجاب هو به عن ذلك السؤال لا يصح إلا على القول بالأحوال ولا حاجة إلى ذلك لعدم تعين قياس الغائب على الشاهد للدلالة على الصفات ، والله تعالى أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (25/3 ، 26) .

(2) في (ك) : [الفقهاء] .

(3) في (ص ، ك) : [قال] .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) هو محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة . من أعيان المالكية وهو جد الفيلسوف ابن رشد توفي سنة 450 هـ من تصانيفه : البيان والتحصيل ، المقدمات والممهدات . انظر : الأعلام 216/5 .

(6) المقدمات : لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد المتوفى سنة 520 هـ واسم الكتاب : « المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضه رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائل المشكلات ، واشتهر باسم « المقدمات الممهدات » وهو ذيل للمدونة الكبرى لسحنون . انظر : هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون 85/6 دار الكتب العلمية بيروت 1413 هـ .

(7) نص ما قاله ابن رشد في المقدمات الممهدات ، الأيمان تنقسم إلى ثلاثة أقسام : مباحة ، ومكروهة ، ومحظورة ، فالمباحة اليمين بالله تعالى ، وبجميع أسمائه الحسنى وصفاته العلى ؛ لأن الله تعالى أذن في الحلف باسمه لعباده ، وشرعه لهم في غير ما آية من كتابه ، فقال تعالى : ﴿ وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ ﴾ وقال ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ وقال : ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ =

ومحرم [وهو الحلفُ] [1] باللاتِ والعزى وَمَا يُعْبَدُ من دُونِ اللهِ تعالى ؛ لأن الحلفَ تعظيمٌ ، وتعظيمُ هذه الأشياءِ قد يكونُ كفرًا وأقلُّهُ التحريمُ ، ومكروهٌ وهو الحلفُ بِمَا عَدَا ذلك [2] ، وقَالَهُ الشافعي [3] [رضي الله تعالى عنه] [4] لما في مُسْلِم قال [ﷺ] [5] « ألا إنّ اللهَ تَعَالَى [6] نهاكُمْ أن تحلفُوا بآبائكم ، فَمَنْ كَانَ حَالَفًا فليحلِفْ باللهِ أو ليصْمُتْ » [7] ، ومن المكروه الحلفُ بالرسولِ [ﷺ] [8] أو [9] بالكعبةِ .

= إنِ ٱرْتَبْتُمْ ﴾ وقوله ﴿ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ لَشَهَٰدَتُنَآ أَحَقُّ مِن شَهَٰدَتِهِمَا وَمَا ٱعْتَدَيْنَآ إِنَّآ إِذًا لَّمِنَ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾ وما روي أن عيسى بن مريم كان يقول لبني إسرائيل إن موسى ﷺ كان نهاكم أن تحلفوا بالله كاذبين ، وأنا أنهاكم أن تحلفوا بالله كاذبين أو صادقين ظاهرة أن شرعه خلاف شرع موسى ، وخلاف شرعنا في إباحة الحلف بالله دون كراهية ، ويحتمل أن يكون إنما كره لهم اليمين بالله صادقين مخافة أن يكثر ذلك منهم فيكون ذريعة إلى حلفهم بالله على ما لم يعلموه يقينا ، أو يوافق الحنث كثيرًا ، أو يقصروا في الكفارة فيقعوا في الحرج لا أن ترك اليمين بالله على الصدق أفضل من الحلف بالله ؛ لأن الله أمر النبي ﷺ باليمين باسمه في ثلاثة مواضع من كتابه فقال تعالى : ﴿ وَيَسْتَنۢبِـُٔونَكَ أَحَقٌّ هُوَ ۖ قُلْ إِى وَرَبِّىٓ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ ۖ وَمَآ أَنتُم بِمُعْجِزِينَ ﴾ وقال تعالى : ﴿ وَقَالَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ لَا تَأْتِينَا ٱلسَّاعَةُ ۖ قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّى لَتَأْتِيَنَّكُمْ ﴾ وقال تعالى : ﴿ زَعَمَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓا۟ أَن لَّن يُبْعَثُوا۟ ۚ قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّى لَتُبْعَثُنَّ ثُمَّ لَتُنَبَّؤُنَّ بِمَا عَمِلْتُمْ ۚ وَذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرٌ ﴾ وكان ﷺ كثيرًا ما يحلف لا والذي نفسي بيده ، لا ومقلب القلوب ، ولا وجه لكراهة اليمين بالله على الصدق لأن القسم أي الحلف بالشيء تعظيم له ، فلاشك أن في ذكر الله تعالى على التعظيم له أجرًا عظيمًا . انظر : مقدمات ابن رشد (262/2، 263) بهامش المدونة الكبرى طبعة دار الفكر بيروت (1978) م .

(1) في (ط) [كالحلف] .

(2) أما اليمين المكروهة فهي اليمين بغير الله تعالى قال رسول الله ﷺ : « من كان حالفًا حلفًا فليحلف بالله أو يصمت » انظر : المقدمات لابن رشد (263/2) بهامش المدونة الكبرى .

وأما المحظورة فهو أن يحلف بالطواغيت وباللات والعزى ... المرجع السابق (264/2) .

(3) قال المزني :قال الشافعي ﷺ : « ومن حلف بغير الله فهي يمين مكروهة وأخشى أن تكون معصية ، لأن النبي ﷺ سمع عمر يحلف بأبيه فقال ﷺ ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فقال عمر : والله ما حلفت بها بعد ذاكرا ، ولا أثرًا » .

قال الماوردي : اليمين بغير الله من المخلوقات كلها مكروهة سواء حلف بمعظم كالملائكة والأنبياء ، أو بغير معظم لرواية الشافعي : عن مالك ، عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ أدرك عمر بن الخطاب وهو يسير في ركب وحلف بأبيه فقال : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم من كان حلفا فليحلف بالله أو ليصمت » انظر : الحاوي الكبير للماوردي (307/19 ، 308) .

(4) ساقطة من [ك] .

(5) في (ص ، ك) : [ﷺ] .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) أخرجه البخاري (الشهادات) (2482) ، مسلم (الأيمان) (3105) ، النسائي (الأيمان) (3704) ، أبو دواد (الأيمان) (2828) ، ابن ماجه (الكفارات) (2085) ، الترمذي (النزور) (1453) ، الموطأ (النذور) (909) ، الدارمي (النذور) (2236) .

(8) ساقطة من (ص ، ك) .

(9) في (ك) : [و] .

1657 - وقال أبو الحسن اللخمي [1] الحلفُ بالمخلوقاتِ كالنبي ﷺ ممنوعٌ ، فمن فَعَل ذلك استغفرَ اللهَ تعالى .

1658 - واختلفَ في جوازِ الحلفِ بصفاتِ الله تعالى كالقدرةِ والإرادةِ [2] والعلم ونحوها [3] من الصفاتِ السبعة ؟ فالمشهورُ الجوازُ ولزومُ الكفارة في ذلك إذا حَنَثَ ، وقالهُ أبو حنيفةَ [4] والشافعيُّ وابنُ حنبل [5] [رضي الله عنهم أجمعين] [6] ، وروي عَنْ مَالِكٍ [رحمه الله] الكراهة في لعمرُ اللهِ وأمانة الله وأن الحلفَ بالقرآنِ والمصحفِ ليسَ بيمينٍ ، ولا كفارةَ فِيه .

1659 - وقال الشيخ جلالُ الدينِ [7] في الجواهرِ [8] : لا يجوزُ الحلف بصفاتِ الله

---

(1) هو أبو الحسن علي محمد المعروف باللخمي ، تفقه بابن محرز والسيوري وابن بنت خلدون وبه تفقه جماعة ، منهم الإمام المازري وأبو الفضل بن النحوي وأبو علي الكلاعي ، له تعليق على المدونة سماه « التبصرة » ، توفي سنة 478 هـ انظر : ترجمة الديباج المذهب 203 ، شجرة النور 117 .

(2) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(3) في (ص ، ك) : [ونحوهما] .

(4) هو الإمام الفقيه عالم العراق أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي الكوفي ، روى عن عطاء بن أبي رباح والشعبي وعمرو بن دينار ، وروى عنه إبراهيم بن طهمان وأسد بن عمرو وابنه حماد بن أبي حنيفة وغيرهم . قال الذهبي : عني بطلب الآثار ، وارتحل في ذلك ، وأما الفقه والتدقيق في الرأي وغوامضه فإليه المنتهى والناس عليه عيال في ذلك ، توفي عام 150 هـ وله سبعون سنة . انظر : سير أعلام النبلاء (102/19) والعبر (314/1) .

(5) هو الإمام شيخ الإسلام أبو عبد الله الشيباني المروزي ثم البغدادي ، سمع من إبراهيم بن سعد وهيثم بن بشير وسفيان بن عيينة وغيرهم ، وعنه : البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وخلق كثير قال الحربي : رأيت أبا عبد الله كأن الله جمع له علم الأولين والآخرين توفي سنة 240 هـ عن سبع وسبعين سنة . انظر : ترجمته في تذكرة الحفاظ (431/2) . العبر (435/1) تهذيب الكمال (226) سير أعلام النبلاء (434/9) .

(6) ساقطة من (ك) ، وفي (ص) : [رضي الله عنه] .

(7) هو جلال الدين أبو محمد عبد الله بن نجم الدين محمد بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المصري يعرف بابن شاس ، وبعضهم يقول بن شاس ، من بيت إمارة وعفة وأصالة فقيه إمام فاضل . أخذ عن جماعة من الأئمة وعنه : زكي الدين المنذري . ألف الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة على ترتيب الوجيز للغزالي دل على غزارة علم وفضل وفهم ، اختصره ابن الحاجب ، وصنف غير ذلك ومال إلى النظر في السنة النبوية والاشتغال بها ، وحج في أواخر عمره ، ورجع فامتنع عن الفتيا إلى أن توفي غازيا بثغر دمياط في سنة (610 هـ) . ترجمته في : وفيات الأعيان ، لابن خلكان : (323/1) ، البداية والنهاية لابن كثير (86/13) ، الديباج المذهب لابن فرحون (141) ، شجرة النور الزكية (165) .

(8) الجواهر لأبي محمد جلال الدين بن شاس المتوفى سنة (610 هـ) واسم الكتاب : الجواهر الثمينة على مذهب عالم المدينة . ألف الفروع ، ووضعه على ترتيب « الوجيز » للغزالي . والمالكية عاكفة عليه لكثرة فوائده . (كشف الظنون) (613/1) . دار الكتب العلمية ببيروت 1413 هـ .

الفعليةِ كالرزقِ والخلقِ ، ولايجبُ فيه كفارةٌ ، ويدلُّ على جوازِ الحلفِ بصفاتِ اللّٰه تعالى [1] القديمةِ مافي البخاري أن أيوبَ [عليه الصلاة والسلام] [2] قال : « بلى وعزتك لكن [3] لاغنىَ لي عن بركتك » [4] .

1660 - فإن قلتَ : فقد قالَ رسولُ ﷺ في حديثِ الأعرابي السائلِ عما يجب عليه : « أفلح وأبيهِ إن صدَقَ » [5] فقد حلفَ عليه الصلاةُ والسلامُ بأبي الأعرابي وهو مخلوقٌ [6] .

1661 - قلت : قد [7] اخْتُلِفَ في صِحّةِ هَذِه اللفظةِ في الحديث فإنها ليست في الموطأ [8]، بل « أفلح إن صَدَقَ » فلنا مَنْعُهَا على الخلافِ في زيادةِ العدل في روايَتِهِ ، أوْ نُجِيبُ بأنهُ منسوخٌ بالحديثِ المتقدمِ قالهُ صَاحِبُ الاستذكارِ [9] ابنُ عبدِ البَرِّ ، [10] أو نقول : هذا

---

(1) ساقطة من (ك) .

(2) في (ص ، ك) : [ﷺ] .

(3) زيادة في [ص ، ك] .

(4) أخرجه : (البخاري) (غسل) (20) ، أنبياء (20) ، إيمان (12) ، توحيد (7) .

(5) أخرجه : البخاري (إيمان) (3) ، صوم (1) ، مسلم (8) ، أبو دواد (صلاة) (1) ، النسائي (صلاة) (4) ، الدارمي (صلاة) (208) ، الموطأ (سفر) (94) ، أحمد 262/1 .

(6) أجاب الماوردي عن قول رسول الله ﷺ « أفلح وأبيه إن صدق » ونحوه بجوابين : أحدهما : أنه لم يخرج مخرج اليمين ، وإنما كانت كلمة تخف على ألسنتهم في مبادئ الكلام . والثاني : أنه يجوز أن يكون ذلك في صدر الإسلام قبل النهي . انظر : الحاوي الكبير (308/19 ، 309) .

(7) ساقطة من (ص ، ك) .

(8) الموطأ للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة المتوفي سنة 179 هـ ، هو كتاب قديم مبارك قصد فيه جمع الصحيح من الحديث . ويعد أساس المذهب المالكي بناه مالك على تمهيد الأصول للفروع ونبه فيه على معظم أصول الفقه التي يرجع إليها مسائله وفروعه قيل عنه : هذا أول كتاب ألف في شرائع الإسلام وهو آخره لأنه لم يؤلف مثله . (كشف الظنون) (1907/2 ، 1908) دار الكتب العلمية ببيروت 1403 هـ .

(9) الاستذكار : لأبي عمر بن عبد البر القرطبي المتوفى سنة (463) هـ ، واسم الكتاب « الاستذكار لمذاهب أئمة الأمصار وفيما تضمنه الموطأ من المعاني والآثار » وقيل اسمه : « الاستذكار لمذاهب علماء الأمصار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار » وقد شرح فيه « الموطأ » على وجهه . كشف الظنون (78/1) دار الكتب العلمية ببيروت ، سير أعلام النبلاء (526/13) دار الفكر ببيروت 1418 هـ .

(10) هو الإمام العلامة ، حافظ المغرب ، شيخ الإسلام ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري ، الأندلسي ، القرطبي ، المالكي صاحب التصانيف الفائقة ، مولده سنة 368 هـ ، وأدرك الكبار ، وطال عمره ، وعلا سنده ، وتكاثر عليه الطلبة ، وجمع وصنف ، ووثق وضعف ، وسارت بتصانيفه الركبان ، وخضع لعلمه علماء الزمان ، حدث عنه : ابن حزم وأبو عبد الله الحميدي وغيرهما ، سمع من ابن الجسور : (المدونة) له من التصانيف : الاستذكار ، والتمهيد وغيرهما . توفي سنة (463 هـ) انظر : تذكرة الحفاظ 1128/3 ، العبر 255/3 ، سير أعلام النبلاء 524/13 وما بعدها .

خرج مخرجَ توطئةِ الكلامِ لا الحلفِ ، نحو قولهم : قاتَلَهُ اللهُ تعالى ما أشْجَعَهُ ، ولا يريدونَ الدعاءَ عليه بل تَوطئةَ الكَلامِ ، ومنه قولُه [عليه الصلاة والسلام] [1] لعائشة [2] [رضي الله عنها] [3] « تربت يَدَاكِ وَمْن أينَ يَكُونُ الشبهُ [4] » ولم يُرِدِ الدعاءَ عليها بالفقرِ [الذي يكنى عنه [5] بالإلصاقِ بالترابِ] [6] تقولُ العربُ : التصقَتْ يده بالأرضِ وبالترابِ إذا افتقر ، بل أراد [عليه الصلاةُ والسلامُ] [7] توطئة الكلام ، فإذا [8] تقررَ القسمُ المختلفُ في توحيدِ الله تعالى [9] بِهِ في الحلفِ ، فهل يجوزُ أن يُشْرِكَ معه غيرَه بأن يُقْسِمَ عليه ببعضِ مخلوقاتِه بأن يقول : بِحَقِّ رَسُولِ ﷺ عليك ، أو بحرمةِ الأنبياءِ والصالحين ألا غَفَرتَ لنا ، أو بحقِّ الملائكةِ المقربينَ ألاسترت علينا ، أو بحرمةِ البيتِ الحرامِ والطائفِين والقائِمِين والرُّكَّعِ السجودِ ألا هَدَيْتَنَا هَدْيَهُمْ ، وَسلَكْتَ بِنَا سَبِيلَهُم ، فقد ورَد ذلك في بعض الأحاديث ، أو يمتنع ؛ لأنه قسمٌ وتعظيمٌ بالقسمِ بغير الله تعالى ؟.

وقد توقف في هَذَا بعضُ العلماءِ ، ورجح عنده التسوية بين الحلفِ بغيرِ اللهِ ، وبينَ الحلفِ علاّ الله تعالى بغيره ، وقال : الكلُّ قَسَمٌ وَتَعْظِيمٌ .

1662 - فإن قلت : قَدْ [10] حَلَفَ الله تعالى بالشمسِ وضحاها ، والتينِ والزيتونِ ، والسماءِ والطارقِ ، وغير [11] ذلك من المخلوقاتِ ، فكيفَ يُخْتَلَفُ في الجوازِ مَعَ ورودِه في القرآن متكررًا [12] ؟

---

(1) في (ص ، ك) : [عليه السلام] .

(2) هي عائشة أم المؤمنين بنت الإمام الصديق الأكبر خليفة رسول الله ﷺ أبي بكر بن عبد الله ابن أبي قحافة القرشية التيمية ، الملكية النبوية ، أم المؤمنين زوجة رسول الله ﷺ وتكنى أم عبد الله الفقيهة ، وكانت تعرف أنساب العرب كأبيها وكانت أفقه الناس وأعلم الناس وأحسن الناس رأيا في العامة . وروى لها الستة وروت عن النبي ﷺ وعن أبيها وعن عمر وعن فاطمة وغيرهم . توفيت سنة سبع وخمسين وقيل : إنها مدفونة بغربي جامع دمشق وهذا غلط فاحش وإنما مدفونة بالبقيع عن عمرها 63 سنة . ترجمتها الإصابة 139/8 ، ابن سعد في طبقاته 58/8 ، أسد الغابة 188/7 ، الذهبي في الأعلام 434/3 .

(3) ساقطة من (ك) .

(4) النسائي (طهارة) (196) ، أبو داود (طهارة) (205) ، الموطأ (طهارة) (105) ، الدارمي (طهارة) (756) . أحمد 199/3 .

(5) زيادة من (ص) .

(6) ساقطة من (ك) .

(7) في (ص ، ك) : [عليه السلام] .

(8) في (ص ، ك) : [إذا] .

(9) ساقطة من (ك) .

(10) في (ص ، ك) : [فقد] .

(11) في (ك) : [نحو] .

(12) قال الماوردي : أقسام الله تعالى مخالفة للأقسام عباده لجواز قسمة المخلوقات التي لا يجوز أن يقسم بها المخلوقون . انظر : الحاوي الكبير للماوردي . (323/19) .

1663 - قلت : اختلفَ العلماءُ في الواقعِ في القرآنِ من ذلك ، فمنهم مَنْ قالَ فِيهِ كله مضافٌ محذوفٌ تقديُره : أقسم بربِّ الشمسِ أقسم برب التين والزيتون ، وكذا [1] البواقي ، فما وقع الحلف إلا باللهِ تعالى دون خلقه .

ومنهم من قال : إنما أقسمَ اللهُ تعالى بها تَنْبِيهًا لعبادِه علي عَظَمَتِهَا عندَهُ فيعظمونَها ، ولا يلزمُ من الحجرِ علي الخلقِ في شيءٍ أن يثبتَ ذلك الحجرُ في حَقِّه تعالى [2] ، فإنه الملكُ المالكُ علي الإطلاقِ ، يأمرُ بما يشاءُ ، ويحكمُ بما يريدُ من غير اعتراضٍ ولا نكيرٍ ، فَيُحَرِّمُ على عبادِه مايشاءُ ، ولاَ يَحْرُمُ شيء من ذلكَ عليه .

1664 - فإن قلت : إذا قلنا بالحلفِ بصفات الله تعالى [3] المعنويةِ [4] كالعلمِ والكلامِ ونحوِهما [5] ، فهل القرآنُ من هذا القبيلَ ؟ وكذلك التوراةُ والإنجيلُ والزبورُ وسائرُ الكتبِ المنزلةِ ، أم ليسَ كَذلِك [6] ؟ .

1665 - قلت : قال أبو حنيفة [رحمه الله] [7] : هذه الأشياءُ ليست منها [8] ، وإن كانَ كلامُ الله تعالى [9] النفسيُّ منها لاشتهارِ لفظِ القرآنِ في الأصواتِ المسموعةِ عُرْفًا ، وأنه لايفهم من إطْلاَقِ لفظِ القرآنِ إلا هذه الأصواتُ والحروفُ ، والأصواتُ والحروفُ مخلوقةٌ ، فعند الإطلاقِ ينصرفُ اللفظُ إليها ، والحلفُ بالمخلوقِ منهي عنه ، و [المنهيُّ عنه] [10] لا يُوجِبُ كفارةَ فلا [11] يَجِبُ بالحلفِ بالقرآن كفارةٌ ، وكذلك بقيةُ الكتبِ .

1666 - وقالَ مالكٌ [رحمه الله] [12] : يجبُ عليه الكفارةُ إذا حَلَفَ بالقرآنِ لانصرافِه عنده للكلامِ [13] القديمِ النفسي ، والظاهرُ ماقاله أبو حنيفة رضي الله عنه فإنا لانفهمُ مِنْ قولِ القائلِ :

---

(1) في (ص ، ك) : [وكذلك] .
(2) في (ك) : [سبحانه] .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) في هامش (ط) قال مصححوها : المعروف صفات المعاني .
(5) في (ص ، ك) : [غيرهما] .
(6) عند المالكية القرآن وغيره من الكتب السماوية من صفات المعاني وينبني على ذلك أن من اليمين التي تكفر إذا حنث الحالف بها ، أو قصد الحنث الحالف بالقرآن والتوراة والإنجيل والزبور ؛ لأن الكل يرجع لكلام الله تعالى الذي هو صفة ذاته .انظر : الشرح الصغير بحاشية أحمد بن محمد الصاوي (198/2) طبعة دار المعارف تحقيق د/مصطفى وصفي 1972 .
(7) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(8) وينبني على هذا الرأي أن لا يكون حالفًا من حلف بالقرآن . انظر : فتح القدير على الهداية (69/5) .
(9) ساقطة من (ك) .
(10) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(11) في (ص ، ك) : [بلا] .
(12) زيادة من (ص) ، (ك) .
(13) في (ص) ، (ك) : [إلى الكلام] .

القرآن ، وهو يحفظُ القرآنَ ، وكَتَبَ القرآنَ إلا هذهِ الأصوات والرقومَ المكتوبةَ بين الدفتين ، وهو الذي يُفْهَمُ من نهيه [عليه الصلاة والسلام] [1] عن أن يُسَافَر بالقرآنِ إلى أرضِ العَدُوِّ [2] فإنَّ المسافرةَ متعذرةٌ بالقديمِ ، وَرُوِيَ عن مالكٍ مثلُ مَا قَالَه أبو حنيفة [رضي الله تعالى عنهم أجمعين] [3] .

1667 - ومن الألفاظِ التي نَصَّ العلماءُ عَلَى توحيد [4] اللهِ تعالى بها لفظُ الله والرحمن ، فلا يجوزُ إطلاقهما على غيرِه ، ولا يُسَمَّى بهما غيُره ومِنْ ذَلِكَ لُفظ [5] تبارك فتقول : « تبارك الله أحسن الخالقين » ولا تقول : تباركَ زيدٌ ، وكذلك : كلُّ لفظٍ اشتهر استعمالُه في حَقِّ اللهِ تعالى [6] خاصةً لا يجوزُ إطلاقُهُ عَلَى غيرِه ، وهذه الأمورُ من القرآنِ وتبارك ونحوها [7] مما يقبل الحكمُ فيها [8] التغييرَ إذا تغير العرفُ ، فإذا جاءَ عرفٌ يكونُ أهلُه لا يريدونُ بلفظِ القرآنِ إلَّا الكلامَ القديمَ تَعيَّنَ لزومُ الكفارةِ به وجوازُ الحلفِ به ، فإنَّ الأحكامَ المرتبةَ [9] عَلَى القواعدِ [10] تتبع العوائدَ وتتغيرُ عند تغيرها فتأمل ذلك ، فهذا تلخيصُ الفرقِ بين قاعدةِ ما يَجِبُ توحيدُ الله تعالى [11] بِهِ [وتوحُّدُه] [12] وبين مَالَا يَجِبُ .

---

(1) في (ص ، ك) : [ﷺ] .

(2) أخرجه : أبو دواد (الجهاد) ، (18) ، ابن ماجة (جهاد) (45) ، الموطأ (جهاد) (7) ، أحمد 70/2 .

(3) ساقطة من (ك) .

(4) في (ص) ، (ك) : [توحد] .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) في (ص ، ك) : [ونحوهما] .

(8) في (ص ، ك) : [فيهما] .

(9) في (ك) : [المترتبة] .

(10) في (ط) : [العوائد] والصواب ما أثبتناه في (ص،ك) .

(11) ساقطة من (ك) .

(12) ساقطة من (ص) ، (ك) .

الفرق الخامس والعشرون والمائة

بين قاعدة ما مدلوله قديم من الألفاظ فيجوز الحلف به وبين قاعدة ما [1] مدلوله حادث فلا يجوز الحلف به ولا تجب به كفارة

1668 - اعلم أن الألفاظَ انقسمت باعتبارِ هذا المطلوبِ [2] ثلاثةَ أقسامٍ : قسمٌ عُلِمَ أن مدلولَهُ قديمٌ كلفظِ الله ونحوه ، وقسْمٌ عُلِمَ أن مدلولَه حادث كلفظ الكَعبة ونحوها ، فهذان القسمان لا يقصدان بهذا الفرق لوضوحهما ، وقسمٌ مشكلٌ على أكثر الطلبةِ فهوَ المقصودُ بهذا الفرقِ ، وهو سبعةُ ألفاظ :

1669 - **اللفظ الأول** : أمانةُ الله تعالى [3] مَنْ حَلَف بِهَا جَازَ ، ولزمتهُ الكفارةُ بها إذا حَنَثَ ؛ لأن أمانته تعالى [4] تَكْلِيفُهُ ، وهو أمرُه ونَهْيُهُ بالكلامِ النفسي وهُوَ قَدِيمٌ [5] ويدلُّ عَلَى ذلك قولُه تعالى : ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ إِنَّهُۥ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴾ [الأحزاب : 72] .

1670 - قال العلماءُ : معناه أن اللهَ تعالى عرضَ التكاليفَ على السمواتِ والأرضِ والجبالِ ، وقال لهن : إن حَمَلتُنَّ التكاليفَ وأطعتُنَّ فلكُنَّ الثوابُ الجزيلُ ، وإن عَصَيْتُنَّ فعليكُنَّ العذابُ الوبيلُ ، فقلن : لا نعدل بالسلامةِ شيئًا ، ثم عُرِضَتْ على الإنسانِ فالتزم ذلك فأخبرَ اللهُ تعالى أنه كَانَ ظَلُومًا لنفسِه جهولًا بالعواقب فلا جرم هَلَكَ مِنْ كل ألف تسعمائة وتسعة وتسعون وسلم من كل ألف واحد [6] كما جاء في الحديث الصحيح ، والكلام القديم صفة الله تعالى ، وهذا أيضًا يتبع العرفَ والعادةَ ، فإذا جاء عرفٌ آخرُ يشتهر فيه هذا اللفظُ في الأمانةِ المأمورِ بها التي هي فِعْلنا في حفظ الودائع وغيرِها مِنَ الأماناتِ كقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ [النساء : 58] و [7] يكونُ ذلك عرفَ قُطْرٍ من الأقطار الآن ، فإن الحلفَ حينئذٍ بها من غيرِ نيةٍ تَصْرِفَ اللفظَ للأمانةِ القديمةِ لا يَجُوزُ أو

(1) في (ص ، ك) : [اللفظ الذي] .
(2) في (ط) : [المطب] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(3) ساقطة من (ك) .
(4) في (ك) : [ﷻ] .
(5) أمانة الله يمين تكفر ؛ لأنها من صفات الذات فإن أراد الأفعال التي بين العباد فلا كفارة ، وهذا التفسير لأشهب . انظر : المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي ص 631 تحقيق د/حميش عبد الحق ، طبعة مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة 1415 هـ 1995 م .
(6) أخرجه البخاري : (أنبياء) (7) ، مسلم (فتن) (116) .
(7) في (ص ، ك) : [أو] .

يُكْرَهُ عَلَى الخلاف ، وإذا كَانَتْ [1] مشتهرةً في القديمِ وصرفهَا الحالفُ بالنيةِ إلى الحادثِ امتنع الحلفُ ، وسقطتِ الكفارةُ ، فهذا معنى هذا اللفظِ وضابطُه .

1671 - اللفظ الثاني : قولنا : عَمْرُ الله ، ولَعَمْرُ الله معنى [هذين اللفظين] [2] البقاءُ ، فبقاءُ الله [ﷻ] [3] هو [4] استمرارُ وجوده مع الأزمانِ فَوُجُودُه ذاتُه تعالى فهو قديمٌ يجوزُ الحلفُ بِهِ ، وتلزمُ به الكفارة [5] .

1672 - فإن قلت : البقاءُ والعمرُ ونحوهما [6] من الألفاظِ لاستمرارِ الوجودِ مع الأزمنةِ كما تقدم ، واستمرارُ وجودِ الشيءِ مع الأزمنةِ نسبةٌ بين وجودِ الشيءِ والزمانِ ، والنسبةُ أمر عدمي ، فإذا قلنا بجوازِ الحلفِ بعمرِ اللهِ تعالى [7] وهو بقاؤُه ولزوم الكفارة به لزمنا أن نقول بجوازِ الحلفِ بِقَبْلِيَّةِ الله تعالى وبعديته وَمَعِيَّتِه ، فإنَّ الله تعالى قبلَ كُلِّ حادث بدايةٌ [8] ومع كل حادث وبعدَ كل حادث إذا فَنِيَ ذلك الحادث ، وما هو قابلٌ للتجدد كالبعدية والمعية أو الفناء كالقبلية كيف يجوزُ الحلف به ، وكيف تلزمُ به كفارةٌ ، وكذلك القول في بقية النسب والإضافات التي تعرض لذات الله تعالى وتزول كالتعلقات في الصفات وغيرها .

---

(1) ساقطة من (ك) . (2) في (ص ، ك) : [هذه اللفظة] .
(3) في (ص) : [تعالى] . (4) زيادة من (ك) .
(5) فصل الماوردي القول في هذه المسألة حيث قال : لا يخلو حاله إذا قال : لعمر الله لأفعلن كذا من ثلاثة أحوال .
إحداها : يريد به اليمين فتكون يمينا مكفرة لأن للناس في معناه ثلاثة أوجه :
أحدها : معناه علم الله قاله قتادة .
والثاني : بقاء الله ويشبه أن يكون قول ابن عباس .
والثالث : حق الله ، وأي هذه المعاني كان فهو من صفات ذاته .
والحالة الثانية : لا يريد يمينا فلا تكون يمينًا .
وقال أبو حنيفة : تكون يمينًا وإن لم يردها ؛ لأنه من صفات ذاته . ودليلنا هو أن لفظه قد صار في العرف مستعملا في غير الأيمان مثل قولهم لعمري لقد كان كذا ، ومنه قول الشاعر : لعمرك ما يدري أمرؤ كيف يتقي .. نوائب هذا الدهر أم كيف يحذر .
فجاز أن يكون محمولًا على العرف بالإرادة فلا تكون يمينا لخروجه عن حكم الصفات المحضة .
والحالة الثالثة : أن يطلقه ولا تكون فيه إرادة ، ففيه وجهان :
أحدهما : أن تكون يمينا لما اقترن به من عرف الشرع في قوله تعالى ﴿ لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِى سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ ﴾ .
والوجه الثاني : ألا تكون يمينًا ؛ لأن عرف الاستعمال فيه مشترك وعرف الشرع فيه محتمل ؛ لأن قوله تعالى ﴿ لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِى سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ ﴾ قسم من الله تعالى برسوله ، وأقسام الله تعالى مخالفة لأقسام عباده لجواز قسمة بالمخلوقات التي لا يجوز أن يقسم بها المخلوقون . انظر : الحاوي الكبير (322/19 ، 323) .
(6) في (ص) : [نحو هذا] . (7) زيادة من (ص ، ك) . (8) ساقطة من (ص) ، (ك) .

1673 - قلت : سؤالٌ [حَسَنٌ صحيح] [1] ، وأنا أقولُ : متى أراد الحالفُ تلك النسبةَ التي هي مدلولُ اللفظ لغَةً امتنعَ وسقطتِ الكفارةُ ، ومتى نقلها العرفُ إلى أمر وجودي قديم جاز ولزمتهُ الكفارةُ وعليهِ [2] العرف اليوم ، وهو الذي أفتى [3] به مالكٌ أن المرادَ بالعمرِ والبقاءِ الباقي ، فهو مجازٌ لغويَ حقيقة عرفية ، فإن تغير العرفُ تغير الحكمُ كما تقدم قبل هذا [4] .

1674 - اللفظ الثالث : عهدُ الله تعالى [5] قال مَالِكٌ : يجوز الحلفُ به ، وتلزمُ به الكفارةُ [6] ، وأصلُ هذا اللفظ في اللغةِ الالتزامُ والإلزامُ ، قال الله تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِىٓ أُوفِ بِعَهْدِكُمْ ﴾ [البقرة : 40] معناه أوفوا بتكاليفي أوف لكم بثوابي الموعود به على الطاعة ، ومنه العهدة في البيع أي ما يلزم من الرد بالعيب ورد الثمن في الاستحقاق ، ومنه [قوله تعالى] [7] ﴿ وَٱلْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَـٰهَدُوا ﴾ [البقرة : 177] أي بما التزمُوه ومنه عهدةُ الرقيقِ ، أي ما يلزم فِيهِ ، وهو كثيرٌ في مَوارِدِ [8] الاستعمالِ ، فعهدُ اللهِ تعالى إلزامُه لِخَلْقِهِ تكاليفه ، وإلزامُه أمرُه ونهْيه ، وأمرُه ونهيُه كلامُه القديمُ وكلامهُ القديْم صفتُه [9] ، وصفتُه القديمةُ يجوزَ الحلفُ

---

(1) في (ص ، ك) : [صحيح حسن] . (2) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(3) في (ص ، ك) : [يفتي] .

(4) قال ابن الشاط : قلت كيف يقول متى أراد الحالف تلك النسبة التي هي مدلول اللفظ امتنع ، وسقطت الكفارة بناء على تسليم أن المقصود بذلك اللفظ أمر عدمي ؛ لأنه نسبة والنسبة عدمية ، وقد قال بعد هذا في الفرق السادس والعشرين وفي القسم الثالث من الصفات : إن الوحدانية سلب الشريك واختار انعقاد اليمين بها ، وكذلك اختاره في تسبيح الله تعالى وتقديسه ، وعلل ذلك بكونها سلوبا قديمة ؛ فكان حقه أن يلتزم مثل ذلك في القبلية والمعية والبعدية لكونها أيضا سلوبا قديمة ؛ لأنها نسب ، والنسب سلوب ، فما قاله هنا ليس بالقوي عندي ولا بالصحيح ، والصحيح أن هذه الأمور المضافة إلى الله تعالى متى عني بها أمر قديم سواء كانت إثباتا أو سلبا فاليمين بها منعقدة ، والله تعالى أعلم ، ومتى عني بها أمر حادث فاليمين غير منعقدة بها ، وقصد الأمر القديم بها هو عرف الشرع ، ولم يحدث عرف بناقضه فيتغير الحكم لذلك . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (30/3) . (5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) قال سحنون : أرأيت إن قال : علي عهد الله وذمته ، وكفالته وميثاقه ؟

قال ابن القاسم : قال مالك : هذه أيمان كلها إلا الذمة فإني لا أحفظها . انظر : المدونة الكبرى (30/2) .

وقال صاحب المعونة : أما العهد فالدليل على أنها يمين قوله تعالى ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَـٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا ٱلْأَيْمَـٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ﴾ وذلك يدل على أن العهد والميثاق ، والكفالة أيمان ، ولأن عرف الناس جار بالحلف بهذه الأشياء وهي من صفات الذات . انظر : المعونة ص 630 .

(7) ساقطة من (ص ، ك) .

(8) في (ط) : [مواد] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(9) في (ص) : [صفة] .

بِهَا كما تقدم عَلَى الخلافِ في ذلك ، فإن أريدَ بعهدِ الله تعالى العهدُ الحادثُ الذي شرعَهُ نحو قوله تعالي : ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ عَٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾ [1] [التوبة : 4] ونحوه من العهود التي [2] بين خلقه اندرج في الحلف الممنوع وسقطت الكفارة ، وكذلك إذا اشتهر اللفظ فيه عادة وعرفًا امتنع ولا كفارة فيه حينئذ .

1675 - فإن قلت : الإضافةُ تكفي فيها أدنى ملابسةٍ كما نَصَّ عليها النحاةُ ويكونُ اللفظ حقيقة ، ومثَّلوهُ [3] بقولِ أحد حَامِلَي الخشبةِ : شل طرفك ، فجعل طرفَ الخشبةِ طرفًا للحاملِ بسببِ الملابسةِ زَمَنَ الحملِ ، ونقولَ : حج البيت وصوم رمضان وتكون الإضافةُ حقيقةً ، وهذا متفق عليه ، وإذا كانت الإضافةُ حقيقةً والعهدُ [4] بأدنى ملابسة صدقت في قولنا : عَلَى عهدُ اللهِ بأدني ملابسة ، وذلك قدر مشتركٌ بين إضافة [5] العهدِ القديمِ والعهد الحادثِ ، والدالُّ عَلَى الأعمِ غيرُ دال على الأخص فلا يدل قولنا : « عهدُ الله عليّ » خصوص القديم ، فلا يتعين المعنى المقتضي للجواز وللزوم الكفارة ، فلم قضيتم بالجوازِ ولزومِ الكفارة بمجرد الإطلاقِ من غير نية ؟

1676 - قلت : سؤالٌ حسن قوي غير أن هذهِ الإضافةَ الخاصةَ لم نَسْتَفِدْهَا مِنْ مُجَرَّدِ اللغة ، بل باشتهار عرفي في العهدِ القديمِ ، وعلى هذا ينبغي أن يُعْتَبَر العرفُ في كل وقت هل هُوَ كذلك فتجبُ الكفارةُ ويتحققُ الجوازُ لَهُ [6] أوْ [7] ليس كذلك فلا يتحققُ الجوازُ ولا الكفارةُ ؟ ولأجل هذا التردد قَالَ الشيخُ أبو الحسن اللخمي : العهدَ أربعةُ أقسامِ تلزمُ الكفارةُ في واحدٍ وتسقطُ في اثنين ، ويختَلفُ في الرابع ، فالأولُ عليّ عهدُ الله ، والاثنان لك عليّ عهد الله ، وأعطيتك عهدَ الله ، والرابع أعاهدك الله اعتبره ابن حبيبٍ [8] ،

---

(1) في (ص) : [عاهدتم من المشركين] وفي (ك) : [الذين عاهدتم في المشركين] .

(2) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(3) في (ط) : [مثله] والصواب ما أثبتناه .

(4) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(5) ساقطة من (ك) .

(6) زيادة من (ص) ، (ك) .

(7) في (ص) [أو] .

(8) هو أبو مروان بن سليمان بن هارون بن جاهمة العباسي الأندلسي القرطبي المالكي ، ولد في حياة الإمام مالك بعد السبعين ومائة . أخذ عن : الغاز بن قيس ، وزياد شبطون ، وصعصعة بن سلام . صنف كتاب « الواضحة » وكتاب « الجامع » ، وكتاب « فضائل الصحابة » وكتاب « تفسير الموطأ » وغيرهم .
مات عبد الملك بن حبيب يوم السبت لأربع مضين من رمضان سنة ثمان وثلاثين ومائتين بعلة الحصبى ، رحمه الله. ونقل آخر أنه مات في ذي الحجة سنة تسع وثلاثين . والله أعلم .
سير أعلام النبلاء 10/95 – 98 .

وأسقطه ابن شعبان [1] ، قال : وهو أحسنُ ، وسببُ هَذَا التقسيم اختلافُ القرائنِ اللفظيةِ والمعنوية المقترنة [بهذا اللفظ] [2] ، فالأولُ لما قال : علي عهدُ الله فأشعرت لفظة (علي) بتكليف الله تعالى وإلزامِه ، وأن تكليفَ اللهِ تعالى [3] واقعٌ عليه أو موظف [4] عليهِ فناسبَ اللزوم ، كما لو قال : علي الطلاق أي يلزمني تحريم الطلاق ، فإن علي معناها اللزوم لما فيها من الإشعار بالضرر ولذلك تقول : شهد عليه إذا ضربه ، وشهد له إذا نفعه ، وهذا القسم هو المنقول عن مالك [ﷺ] [5] في المدونة [6] ، وأما لك عليّ عهدُ الله فلم يلزمْه [7] للّه ، ولكن للمحلوف له فلا يلزمه شيء وأعطيك عهدَ الله فهو وعدٌ منه للمخاطبِ بأنه يعاهدُه [في المستقبل] [8] فهذا القسمُ أبعدُ عن اللزومِ ، وأما الرابعُ وهوَ أعاهدك [9] فيحتمل أن يكونَ خبرًا معناه إنشاءُ المعاهدةِ والإلزام كإنشاء [10] الشهادة بلفظ المضارعةِ نحو : « أشهد عندك هكذا » ، وإنشاءِ القسم بالمضارعة أيضًا نحو أقسمُ بالله تعالى [11] لَقَدْ كَانَ كَذَا » ، و [12] يحتملُ أن يكونَ خبرًا وعدًا على بابه فلا يلزمُ به شيء ، كما لو أخبر عن الطلاقِ بغير إنشاءٍ فإنَّه لا لزمُه طلاقٌ ، فمن لاحظ الإنشاءَ ألزم ، ومن لاحظ الخبر لم يلزم .

1677 - قال أبو الحسن اللخمي [13] : وهو أحسنُ ؛ لأن الأصلَ عدمُ النقلِ وبراءةُ الذمة [14] ،

---

(1) هو عبد القادر بن علي بن شعبان القاهري ، الزيات ، الشافعي ويعرف بابن شعبان (زين الدين) . ولد بسوق الغنم وتميز في الفرائض والحساب ، ولد سنة 820 هـ . من آثاره : شرح الحاوي لابن الهائم في الحساب ، مختصر شرح ابن الجدي الجعبرية ، وشرح منظومة المغربي في الحساب ، وتوفي سنة 892 هـ . معجم المؤلفين (191/2) .

(2) في (ص) ، (ك) : [هذه اللفظة] .

(3) في (ك) : [ﷻ] .

(4) في ص ، ك : [موصف] .

(5) ساقطة من (ص) ، [ك) .

(6) للإمام مالك بن أنس المتوفى (179 هـ) واسم الكتاب « المدونة الكبرى » رواها الإمام سحنون عن الإمام ابن القاسم العتقي عن الإمام مالك وهي من أجل الكتب في الفروع المالكية .
معجم المطبوعات العربية 1101/1 ، 1610/2 .

(7) في (ط) : [يلتزمه] .

(8) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(9) في (ص) ، (ك) : [أعاهد] .

(10) في (ص) ، (ك) : [كما ينشئ] .

(11) زيادة من (ص) ، (ك) .

(12) في (ص) ، (ك) : [أو] .

(13) ساقطة من (ك) .

(14) قال ابن الشاط : قلت : فيما قاله في ذلك نظر ، فإن قول القائل : لك علي عهد الله ، وأعطيك عهد الله يحتمل أن يجري هذان اللفظان مجرى علي عهد الله لقرينة الحال المشعرة بتأكيد الالتزام باليمين ، ويحتمل أن يجريا مجرى أعاهد الله فعلى الاحتمال الأول تنعقد اليمين وتلزم الكفارة عند الحنث ، وعلى الاحتمال الثاني يقع التردد ، وأم القول بعدم انعقاد اليمين بذيك اللفظين فذلك ضعيف . والله تعالى أعلم . (انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 32/3) .

وبقي قسمٌ خامس لم أره لأصحابِنا وهو أن يقول : « وعهدِ الله لقد كَانَ كذا » بواو القسِم فهذا قسمٌ صريحٌ بصفةٍ من صفاتِ الله تعالى ، فينبغي أن نلزم به الكفارة ، كما لو قال : « وأمانةِ الله وكفالتِهِ » وبقي فيه إشكالُ الإضافةِ الذي تقدم ذكره [1] ، وهل المضاف العهدُ القديمُ أو الحادثُ فيحتاجُ إلى نقل عرفي ، وهذا القسمُ عندي أصرحُ مما نَصَّ عليه مالكٌ من قوله « عليَّ عهدُ الله » فإن أداةَ القسمِ مفقودةٌ فيهِ [2] : وإنما فيه إشارةٌ إلى أنه التزمَ عَهد اللهِ ، وليس هُوَ مما ينذر حَتّى يلزمَ كقوله : [للّه علي] [3] صوم [كذا] [4] .

1678 - وقد اختلف العلماء [5] في قوله « علي الطلاق ، أو الطلاق يلزمني » هل هو صريحٌ أو كنايةٌ [6] ؟ بسبب أن الطلاقَ لا يلزمُ أحدًا ، فالإخبارُ عن لزومِه كذبٌ ، فلا يصيرُ مُوجِبًا للزوم إلا بإنشاء عرفي ونقلٍ عادي ، وأما حرفُ القسمِ فحقيقةٌ لغويةٌ صريحةٌ في القسم بقديمٍ [أو حادث] [7] وإشكالُ الإضافةِ مشتركٌ بين القسمين ، وامتاز هذا بصراحة القسم .

1679 - اللفظ الرابع : قولنا « عَلَيَّ ذمّةُ الله » قال مالك : تلزمَ بِهِ الكفارةُ [8] ، ومعنى ذمةِ الله تعالى التزامُه ؛ لأن معنى الذمةِ في اللغةِ هو هذا ، ومنه [9] عقدُ الذمة للكفار أي التزامُنا لهم عِصْمَةَ النفوس والأموالِ والأعراضِ وما معها ، ومنه الذمامُ إذا وعده والتزمَ له أن لا يخذله [10] وأن ينصرَه على مَنْ يقصده بسوءٍ ، ومنه قولُ الفقهاء : له في ذمتهِ دينارٌ ، والعقدُ واردٌ على الذمةِ ، فإن الذمَة في الشريعةِ معنى مقدر في المكلّف يقبل الإلزامَ ، ولذلك [11] إذا اتصف بعد الرشد بالسفهِ يقال : خَربَتْ ذِمتُهُ ، وذهبت ذِمتُهُ . وإذا ماتَ : خَرِبَت ذمته أي المعنى الذي كان يقدر لم يبق مقدرًا ، وتقولُ العربُ : فلان يفي بذمتِه أي بما التزمَه [وخفر ذِمَّة فلانٍ إذا خَانَها] [12] وَهَذَا [13] كُلُّهُ راجِعٌ للأخبارِ عن الالتزامِ أو معناه ، وجاء في الحديثِ « مَنْ قَالَ كذا وكذا كَانَ في ذمة الله » [14] أي

---

(1) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(2) ساقطة من (ك) .

(3) في (ص) ، (ك) : [علي للّه] .

(4) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(5) ساقطة من (ك) .

(6) لفظه الصريح الذي تنحل به العصمة ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ الطلاق كما لو قال : الطلاق يلزمني ، أو علي الطلاق ، أو أنت الطلاق ونحو ذلك . (انظر : الشرح الصغير 559/2) .

(7) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(8) انظر : المدونة الكبرى 30/2 .

(9) في (ص) ، (ك) : [وهو] .

(10) في (ص) : [خذله] .

(11) في (ص) ، (ك) : [وكذلك] .

(12) ساقطة من (ك) .

(13) في (ص) ، (ك) : [وهو] .

(14) أخرجه : الترمذي (الدعوات) (3483) .

أن الله تعالى [1] التزم له عندَ هَذَا القول حفظَه من المكارِه ، والتزامُ الله تعالى [2] راجعٌ إلى خبره ، فهو نوعٌ آخر من الكلام غيرُ نوعِ العهدِ ، فإن العهدَ يرجعُ إلى الأمر والنهي ، والذمة إلى الخبر ، والكل كلامٌ نفسي ، فهما [3] نوعانِ منه فافهمْ ذلك ، غير أنَّ هذَا المعنى يقتضي [أن يكون] [4] القسمُ به وذمةُ الله بواوِ القسمِ ، ويكونُ صريحًا في القسمِ لغةً ويبقى إشكالُ الإضافةِ فيه من جهةِ أن ذِمَّةَ الله تعالى تَصْدُقُ بالمعنى القديم كماَ تَقَدَّم ، وتصدُقُ أيضًا بإضافةِ المعنى المحدثِ إليه تعالى [5] باعتبار أنه شرعه ؛ لأن الذمة تارة تكونُ مأمورًا بها وُجُوبًا كعقد [6] الجزيةِ في بعض الصور ، وتارة لا يؤمر بها وجوبًا بل ندبًا كالتزامِ أنواعِ البرِ والإحسان ، وقد يخبرنا فيها من غير وجوب ولا ندب [من قبله] [7] كالتزامِ الأثمانِ في البياعاتِ ، والإجارة [8] في الإجاراتِ ، وعلى التقادير الثلاثة فهي مشروعةٌ من قِبلِهِ تعالى فَتُضَافُ إليه إضافَة المشروعية [9] كقولنا : عبادةُ الله ، وطاعةُ الله ، وإذا احتملت الإضافةُ المعنيين لم [10] يُقْضَ بأحدهما إلا بدليل منفصلٍ ، وهذا الإشكالُ قائمٌ [11] فيما قَالَهُ مَالِكٌ أيضًا من قوله : « عليّ ذمةُ الله » مضافًا لعدمِ وجودِ أداةِ القسمِ ، وأما (علي) فإيجابُها للكفارةِ مشكلٌ إلا أن يَكُونَ هناكَ نقلٌ عرفي من الإخبار إلى القسم [12] ألا ترى أنه لو قال « عليّ علمُ اللهِ ، أو عليّ إرادةُ الله ، أو عليّ بصرُ الله ، أو عليّ سمعُ اللهِ » لم يتجه إيجابُ الكفارةِ ؛ لأن هذه الصيغَ ليست قَسَمًا ، وإنما هي خبرٌ ، والخبرُ ليس بقسم إجماعًا ، والإنشاءُ العرفي بغير [13] القسمِ لا يُوجِبُ كفارَة فلابد من النقْلِ عن الخَبَرِ إلى إنشاءِ القسم ، وإلا فلا يتجه إلزامُ الكفارَة ، واعتقاد أن هَذَا يمينٌ البتة ، فتأمل هذه التنبيهاتِ ، فالفقيهُ يحتاجُ [14] إليها حاجةً شديدةً في الفقه ، والفتاوى ، والفروقِ ، وتحرير معاني الألفاظ .

1680 - اللفظ الخامس : كفالةُ الله تعالى قَاَل مالك : إذا قال : عليَّ كفالة الله تعالى [15]

---

(1) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(2) ساقطة من (ك) .

(3) في (ص) ، (ك) : [وهما] .

(4) ساقطة من (ك) .

(5) ساقطة من (ك) .

(6) في (ك) : [العقد] .

(7) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(8) في (ص) ، (ك) : [الأجرة] .

(9) في (ص) ، (ك) : [المشروعة] .

(10) ساقطة من (ك) .

(11) في (ك) : [قام] .

(12) في ص ، ك : [للقسم] .

(13) في (ص) : [لغير] .

(14) في (ص) ، (ك) : [محتاج] .

(15) ساقطة من (ص) ، (ك) .

وحنث لزمته الكفارة [1] ، ومعنى الكفالة لغة : الخبر الدال على الضمان وهي القبالة ، ومنه قوله تعالى ﴿ أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا ﴾ [الإسراء : 92] أي ضامنًا والحمالة والإذانة والزعامة ، ومنه قوله تعالى حكاية عن منادي يوسف عليه السلام ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف : 72] أي ضامن ، والصَّبِيرُ .

1681 - قال صاحبُ المقدماتِ : هي سبعةُ ألفاظٍ مترادفة : الحميلُ ، والزعيمُ ، والكفيلُ، والقبيلُ ، والأذينُ ، والصبيرٌ ، والضامنُ ، حمل يحملُ حمالةً فهو حميلٌ، وزعم يزعم زعامة فهو زعيمٌ ، وكفل يكفلُ كفالةً فهو كفيلٌ ، وقبل يقبلُ قبالةً فهو قبيلٌ، وأذن يأذن إذانةً فهو أذينٌ ، وصبر يصبر صبرًا فهو صبيرٌ ، وضمن يضمنُ ضمانةً فهو ضامِنٌ ، و [2] قالَ [3] الله تعالى ﴿وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ﴾ [النحل : 91] ، وقالَ رسولُ اللهِ ﷺ : « تَكَفَّلَ اللهُ لمن جاهدَ في سبيلِه وابتغاءَ مرضاته لا يخرجه من بيتِهِ إلا الجهادُ وابتغاءُ مرضاتِه أن يُدْخِلَهُ الجنةَ أو يرده إلي مَسْكِنِهِ الذي خَرَجَ منه مَعَ مَا نَالَ مِنْ أجرِ وغنيمةٍ » [4] والإذانةُ في قولِهِ تعالى ﴿ وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكَ لَيَبْعَثَنَّ عَلَيْهِمْ إِلَىٰ يَوْمِ الْقِيَامَةِ مَن يَسُومُهُمْ سُوءَ [5] الْعَذَابِ ﴾ [الأعراف : 167] أي التزم ذلك ﴿ وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ ﴾ [إبراهيم : 7] وأصلُ الأذانة والذان والأذين والأذن وما تصرف من هذا الباب الإعلامُ ، والكفيل معلم بأن الحقَ في جهته ، و [6] قال الله [7] تعالى في الحمالة و﴿وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ ﴾ [فاطر : 18] .

---

(1) قال سحنون لابن القاسم : أرأيت إن قال : علي عهد الله وذمته وكفالته وميثاقه ؟ قال ابن القاسم : قال مالك هذه أيمان كلها إلا الذمة فإني لا أحفظها من قوله . انظر : المدونة الكبرى (30/2) .
وعقد صاحب المعونة على مذهب علم المدينة فصلًا « في كون العهد والميثاق والكفالة يمينا ولو أطلق » قال فيه : ويكون يمينا وإن أطلق أي يطلقها عن لفظ الجلالة ، وذلك بأن يقول على العهد أو بالكفالة والميثاق انظر : المعونة ص 630 مع حاشيته محققه د/حميش عبد الحق .

(2) زيادة من (ك ، ص) .
(3) ساقطة من (ص) .
(4) أخرجه : البخاري (توحيد) (6903 ، 6909) ، مسلم (إمارة) (3484 ، 3485) ، النسائي (جهاد) (14) ، (3069) .
(5) ساقطة من (ك) .
(6) زيادة من (ص ، ك) .
(7) ساقطة من (ك) .

1682 - و[1] قال القاضي عياض[2] في التنبيهاتِ[3] : ومثل حميل عذير وكدين قال[4] : وأصلُ ذلك كُلِّه من الحفظ و الحياطة[5] قال : والكفالةُ اشتقاقُها من الكفل ، وهو الكساءُ الذي يحزم[6] حول سِنَامِ البعيرِ ليَحْفَظَ بِهِ الراكبَ ، والكفيلُ حافظٌ لما التزمه ، والضامنُ من الضمن وهو الحِرز[7] ، وكل شيء أحرزته في شيء فقد ضَمَّنْتَهُ إياه ، والقبالة القوةُ ، ومنه[8] قولهم : مالي بهذا الأمرِ[9] قِبَلٌ وَلاَ طَاَقَةٌ ، والقبيلُ قوةٌ في استيفاءِ الحقِ ، والزعامة السيادةُ ، فكأنه لما تكفل به صارَ لَهُ عَلَيْهِ سادةٌ وحكمٌ عليه ، والصبيرُ مِنَ الصبرِ ، وَهُوَ الثبات والحبس ، ومنه المصبورة ، وهي المحبوسة للرمي بالسهام ، منه : قتله صبرًا أي حبسه حتى مات جوعًا وعطشًا ، والضامن حبيس نفسه لأداء الحق ، والكدين[10] من كدنت لك بكذا وكذا[11] ، وقالوا : عذيرك أي كفيلك .

1683 - وقال بعضُ الفضلاءِ : الكفالة أصلُها الضَّمُّ ، ومنه سُمّيَتِ الخشبةُ التي تُعْمَلُ [في الحائط][12] كفلًا ، ومنه قولُه تعالى ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ [آل عمران : 37] أي ضَمَّهَا لنفسِه ، والكفالة هي ضَمُّ ذمة إلى ذمةٍ أخرى ، فصدق المعنى ، فتحررَ أن الألفاظَ المترادفةَ في هذا الباب[13] تسعةٌ ، وتكونُ كفالةُ اللهِ تعالى وَعْدَهَ بما التزمَه ، ووعْده خبره ، وخبره كلامه [النفسي][14]

---

(1) زيادة من (ص) .

(2) هو القاضي أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي الشيخ الإمام قاضي الأئمة وشيخ الإسلام وقدوة العلماء الأعلام عمدة أرباب المحابر والأقلام ، أخذ عن : أبي الحسن سراج والقاضي أبي عبد الله بن عيسى وأبي الحسن شويخ بن محمد بن رشد ، اجتمع له : من الشيوخ بين من سمع منه وأجاز له نحو مائة شيخ ، ألف فيهم فهرسة سماها الغنية ، وعنه جماعة منهم ابنه محمد وابنه غازي وابنه زرقون ألف تآليف كثيرة منها إكمال المعلم في شرح مسلم ، والشفا في التعريف بحقوق المصطفى ، أبدع فيه ، وكتاب الأعلام بحدود وقواعد الإسلام ، ولد في شعبان 476 هـ وتوفي بمراكش في جمادى الآخرة سنة 544 هـ . انظر : شجرة النور ص (140 ، 141) .

(3) التنبيهات للقاضي أبي الفضل عياض المتوفى سنة (544 هـ) واسم الكتاب : « التنبيهات » أو « التنبيهات المستنبطة في شرح مشكلات المدونة والمختلطة في الفروع » كشف الظنون (493/1) هدية العارفين أسامي المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون (805/5) دار الكتب ببيروت 1413 هـ .

(4) ساقطة من (ك) .

(5) في (ك) : [الحفاظة] .

(6) في (ص) ، (ك) : [يحوي] .

(7) في (ص ، ك) : [الحوز] .

(8) في (ص) و (ك) : [منها] .

(9) ساقطة من (ص ، ك) .

(10) في (ص ، ك) : [والكوين] .

(11) ساقطة من (ص ، ك) .

(12) في (ص) ، (ك) : [للحائط] .

(13) ساقطة من (ص ، ك) .

(14) في (ص ، ك) : [النفساني] .

فيكونُ الحالف قد حلف بكلامِهِ النفسي [1] فتلزمهُ الكفارةُ [2] إذا حنثَ .

وهنا [3] أربع تنبيهات :

1684 - التنبية [4] الأول : إن قولَه عَلَيَّ يُشْعِرُ بالالتزامِ ، وخبرُ الله تعالى كيفَ يصحُّ التزامُه ، وقد تقدم أنه لو قال : عليَّ علم الله تعالى وَ [5] إرادتُه أو نحو ذلك بُعدَ في الفقه أن يَجِبَ عليه بهذا كفارة ، ووجبَ [6] أيضًا أنْ يُفهمَ لهذا الكلامِ مَعْنى صَحِيحٌ ، فإن التزامَ القديمِ الذي هو واجبُ الوجودِ كيف يَصِحُّ ، وإنما يلتزمُ الإنسانُ فعلًا من كَسْبِهِ وُقدْرَتِه .

1685 - فإن قلت : الالتزامُ إنما جاءَ مِنْ جِهةِ أن الحانِثَ في هذهِ الأمورِ تَجِبُ [7] عليهِ الكفارةُ ، والكفارةُ [مقدورةٌ يمكن] [8] إلتزامُها ، ولذلك قَالَ مَالِكٌ في المدونة : إذا قَالَ : عليَّ عَشْرُ كفاراتٍ [9] أو مَوَاثِيقُ أو نذورٌ لزمه عددُ ما ذكر كفاراتٍ ، وهذا التزامٌ صحيحٌ .

1686 - قلت : كفارةُ اليمينِ بغير يمينٍ ولا حنث لا تلزمَ المكلف ؛ لأنَ لزومَ المسببِ بدون سببهِ غيرُ واقعٍ شرعًا ، وحينئذٍ لا تكونُ هذه الكفاراتُ لازمةً له من حيثُ هِيَ كفاراتٌ ، بَلْ من حيثُ هِيَ نُذُورٌ ، وكأنه نَذَرَ والتزمَ بطريق النذرِ عشر كفارات ، فهذا صحيحٌ غيرَ أن هذا ليسَ مِنْ بَابِ الحلفِ والأيمان في شيء ، ولا يكونُ اللفظُ [يقتضي] [10] ذلك حقيقة بل مجازًا ، فإن استعمال لفظِ الكفالةِ فيما يلزمُ عنها إذا حَلف بها وحَنَثَ مجازٌ ، والمجازُ لابُدَّ فيه مِنْ أحدِ [11] أمرين إما نية المتكلم أو عرف اقتضَى نَقْلًا لهذا المجازِ

---

(1) في (ص ، ك ، ط) : [النفساني] والقياس ما ثبتناه لأنه نسبة إلى النفس ،فالنسب إليه نفسي ، أما « نفساني » فإنه نسب على غير قياس والله أعلم . (2) في (ك) : [الكفالة] .

(3) في (ص) : [وها هنا] وفي (ك) : [وهي] .

(4) زيادة من (ص ، ك) . (5) في (ص ، ك) : [أو] .

(6) في (ص) و (ك) : [ويعد] . (7) ساقطة من (ك) .

(8) في (ص ، ك) : [مقدور على] .

(9) إليك نص ما جاء في المدونة قال مالك : فإن قال علّي عشر كفالات كان عليه عشرة أيمان .
قال مالك : وكذلك لو قال : علي عشرة مواثيق أو عشرة نذور ، أو أكثر من ذلك أو أقل لزمه عند مالك عدد ما قال ، إن قال عشرًا فعشر كفارات وإن قال أكثر من ذلك فأكثر ، وإن قال أقل فأقل .
انظر : المدونة الكبرى (30/2) .

(10) في (ط) : [يعطي] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(11) ساقطة من (ص ، ك) .

فأغنى عن النية ، فإن كان الواقع هو القسم الأول : فينبغي أن لا يلزم شيء بهذهِ الصيغِ وبهذَا [1] اللفظِ وما تقدمَ البحثُ فيه قبل هذا إلا بالنيةِ ، ولا يتحرر الذي يلزمُ المتكلم بها في الكفارةِ ، بل بحسب ما ينويه من كفارةٍ أو كفاراتٍ أو بعضِ كفارةٍ أو شيء آخرَ من بابِ المعروفِ المندوبِ إليه شرعًا مما يمكن استعمالُ الكفالة فيه مَجَازًا ، فالقولُ بأن اللازمُ الكفارةُ ، وتعيين ذلك اللزوم لا يَصِحُّ إلا في بعض الصورِ وإن كان الواقع القسم الثاني : وهو النقلُ العرفي فيلزمُ أن لا يلزمَ بِهِ في زماننا شيءٌ ، فإنا لا نَجِدُ هذَا النقلَ فيه ، فإن النقلَ إنما يحصلُ بغلبةِ الاستعمالِ عليه حَتَّى يصِيرَ اللفظُ يفهم منه المنقولُ إليه بغير قرينةٍ ، ونحنُ لا نَجِدُ ذلك في زَمَانِنا ، ويلزم أيضًا إذا وُجِدَ هَذَا العرفُ ، وهذا النقلُ أن يراقب فيه اختلافُ [2] الأزمنةِ ، واختلافُ الأقاليم والبلدانِ [3] فكل زمانٍ [4] تغير فيه هذا العرفُ بَطَلَ فِيهِ هذا الحكمُ ، وكلُّ بلدٍ لا يَكونُ فيهِ هذا العرفُ لا يلزمُ فيهِ هذا الحكمُ ، فتأمل هَذَا فَهوَ أمرٌ لَازِمٌ [5] في قَوَاعِدِ الفقهِ ، أما الفُتْيَا بلزومِ الكفارةِ عَلَى الإطلاقِ فغيرُ متجهٍ أصلًا ، وَلَعَلَّ مالِكًا [ﷺ] [6] أفتىَ بذَلِكَ لِمَنْ سأل [7] أنهُ كَانَ [8] نَوَاهُ أو كان عُرفُ زَمَانِهِ يقتضي [9] ذَلِكَ وَهُوَ الأقربُ ، فإن الفتيا لو كَانَتْ مبنية على نية لذكرت مع الحكم في الفتيا .

التنبيه الثاني : أن قولَه كفالة الله تعالى [10] كفالةٌ مضافةٌ إلى اللهِ تعالى ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أن الإضافةَ يَكفِي فيها أدنى ملابسةٍ حقيقة لغوية ، كقولِ أحد حاملي الخشبة : شل طرفك، وقولنا : [11] حج البيت وصوم رمضان ، وهذه الكفالةُ المضافةُ تحتمل ثلاثةَ أنواعٍ من الكفالة :

1687 - أحدها : الكلامُ القديمُ والوعدُ الذي هُوَ الكلامُ النَّفسِيُّ .

1688 - وثانيها : كفالةُ اللهِ تعالى [12] التي هِيَ التزامُه اللفظي المنزلُ [13] في القرآنِ وغيره مِنَ الكتبِ الدالَ علَى الكلامِ القديمِ فهوَ كِفَالةٌ حادثةٌ دالةٌ على تلك الكفالةِ القديمةِ ،

(1) في (ص ، ك) : [هذا] .
(2) ساقطة من (ص ، ك) .
(3) في (ص ، ك) : [البلاد] .
(4) في (ص ، ك) : [زمن] .
(5) في (ك) : [ألزم] .
(6) ساقطة من (ك) .
(7) في (ص) [سئل] .
(8) ساقطة من (ص ، ك) .
(9) في (ص ، ط) : [يتقاضى] والصواب ما أثبتناه في (ك) .
(10) ساقطة من (ك) .
(11) في (ص ، ك) : [قوله] .
(12) في (ك) : [ﷻ] .
(13) في (ص ، ك) : [المشترك] .

كما أن أمرَ اللهِ تعالى اللفظيَّ الذي هُوَ قوله [1] ﴿ وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ [2] [البقرة : 43] دليل أمرِه النفسي [3] القائم بذاتِهِ ، وكذلك جميعُ الأحكامِ والأخبارِ ، وهذه الكفالةُ الحادثةُ لا يوجب الحَلِفُ بها كفارةً .

1689 - وثالثها : كفالةُ خلقِه التي هيِ ضَمَانُ بَعْضِهِم لبعضِ التي هي مِنْ فِعْلِنَا وقولنا ، وهي مندوبةٌ مِنْ قِبَلِ صَاحِبِ الشرعِ ، فهي تُضَافُ إليه تعالى إضافَةَ المشروعيةِ ، كَمَا قَاَل تعالَى ﴿ وَلَا نَكْتُمُ شَهَٰدَةَ ٱللَّهِ ﴾ [المائدة : 106] أي [4] التي شرعَها و أوجبَ علينا أداءَها ، فأضافها إليه تعالى إضافةَ المشروعية ؛ لأنه تعالى شاهدٌ [ولا شهود] [5] عليه ، فكذلك هذه الكفالةُ المندوبُ إليها تصحُّ إضافتُها إليه تعالى إضافةَ المشروعيةِ ، وإذا كانت الكفالةُ التي يمكن إضافتُها إليه تعالى ثلاثةَ أنواع متباينة : قديمةٌ وحادثتان ، ومطلقُ الإضافةِ هو الموجودُ ، وهو الذي دَلَّ عليهِ اللفظُ ، والدالُّ عَلَى الأعَمِّ غَيْرُ دَالٍّ على الأخصِ ، فلا يكونُ لقولِ [6] القائلِ عليَّ كفالةُ اللهِ إشعارٌ بالكفالةِ القديمةِ البتة ؛ لأن نوعَها أخصُّ مما دَلَّ عليه مطلقُ الإضافة فلا يكونُ هذا اللفظُ موجِبًا للكفارةِ من جهةِ أن المتكلمَ حلفَ بصفةٍ من صفاتِ اللهِ تعالى البتة ، بل إما بجهةِ النذرِ أو بجهةٍ أخرى كَمَا تقدمَ بَيَانُهُ فتأمل ذلك .

1690 - التنبيه الثالث : أن المتكلمَ إذا لم [7] يقل : عليَّ كفالةُ اللهِ ، وَقَاَل : وكفالةِ اللهِ ، أو أُقْسِمُ بكفالةِ اللهِ تعالى [8] وغير ذلك من صيغِ القسمِ اللغوي الذي هُوَ القسمُ بوضعِه مستغنٍ عن النيةِ والعرفِ والنقلِ يلزمهُ به الكفارةُ ، ويكونُ ذلك [9] أصرحَ مِنْ قَوْلِ القائلِ عليَّ كفالةُ اللهِ من جهة أنه قسمٌ مستغنٍ عن نيةِ المجازِ والنقلِ العرفي ، وإن كان احتمالُ الإضافةِ للحادثِ والقديمِ مَوجُودًا فيه غير أنهُ احتمالٌ مشترك بين علي كفالةُ الله وأقسمُ بكفالةِ اللهِ .

1691 - التنبيه الرابع : أن تلك الكلماتِ السبعَ [10] ينبغي أن تستويَ في لزومِ الكفارةِ وعدمِ لزومها ؛ لأنها مترادفةٌ ، وشأنُ أحدِ الألفاظِ المترادفةِ أن يقومَ مقامَ الآخرِ في لزومِ

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .
(2) وردت في مواضع كثيرة من القرآن منها : البقرة (43 ، 110) .
(3) في (ص ، ك) : [النفساني] .
(4) في ص [تعالى أي] .
(5) في (ك) : [مشهود] .
(6) في (ص ، ك) : [تقول] .
(7) ساقطة من (ك) .
(8) زيادة من (ص) .
(9) زيادة من (ص) و (ك) .
(10) في (ص) ، (ك) : [التسعة] .

الحكم وسقوطِه فلا فرقَ حينئذٍ بين [1] عَلَيَّ كفالةُ اللهِ تعالَى [2] ، وبين إذَانته وزعامتُه وضمانُه وقبالتُه وجميعُ ما تقدم في ذلك ، وكذلك إذا أتى بصيغةِ القسم تشملُ جَمِيعَ تلك الألفاظِ ، ويكونُ [3] الحُكْمُ في الجميعِ واحدًا لأجلِ [4] أنها مترادفةٌ . فتأمل هذه التنبيهات فهي يحتاج إليها في هذه الكلمات .

1692 - اللفظ السادس : الميثاقُ قَالَ مالكٌ رَحِمَهُ اللهُ : إذا قال : عَليَّ مِيثَاقُ اللهِ تَعَالَى [5] وحنث لزمته الكفارةُ ، [6] والميثاقُ مأخوذٌ من التوثق وهوَ التقويةُ ، والفرقُ بينه وبين العهدِ واليمينِ ، أماَّ اليمينُ فَهُوَ القسمُ ، وأما العهدُ فَقد تقدم أنه الالتزامُ ، والميثاقُ هو العهدُ الموثقُ باليمينِ ، فيكونُ الميثاقُ مركبًا من العهدِ واليمينِ معًا ، كذا [7] كَانَ الشيخُ عزُّ الدينِ بنُ عبدِ السلامِ [8] [رَحِمَهُ اللهُ] [9] ينقلُه عن اللغة ، وإذا كان هَذَا معنى الميثاق والعهدِ ، وقد تقدم أنه يرجع إلى الكلامِ النفسي ، والقَسَمُ أيضًا يرجعُ إلى الكلام لأنهُ خبرٌ عن تعظيمِ المقْسَم بِهِ ، وإذا [10] كَانَا معًا يرجعان إلى مَعْنَى الكلامِ فالمركب منهما يَرْجِعُ إلى مَعْنَى الكلام [قطعًا ؛ لأن المركبات تابعةٌ للمفرداتِ ، إذا تَقَرَّرَ أنَّ مَعْنَى الميثاقِ يرجع إلى معنى الكلام] [11] ورد عليه الإشكالُ الواردُ من لفظ عليَّ ، وكيف يَصِحُّ التزامُ ميثاقِ اللهِ تعالى [12] كما تقدم في العهدِ والكفالةِ ، ويرد عليه أيضًا أن إيجابَ الكفارةِ به ليسَ من بابِ صَرِيحِ اللغةِ ، بل ذلك إما بالنيةِ أو العرفِ أو النقلِ ، وأن الإضافةَ محتملةٌ لميثاقِ الله تعالى الذي هو كلامٌ نفسي ، وميثاقِ الله تعالى الذي هو كلامٌ لفظي لساني حَادِثٌ ، كقوله تعالى : ﴿ قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ ثُمَّ لَتُنَبَّؤُنَّ بِمَا عَمِلْتُمْ ۚ وَذَٰلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرٌ ﴾ [التغابن : 7] فإن هذا التزامٌ لفظي مُؤكدٌ بالقسمِ بقوله : ﴿ وَرَبِّي ﴾ فيكون ميثاقًا ، وكقوله تعالى ﴿ وَالشَّمْسِ وَضُحَاهَا ﴾ [الشمس : 1] إلي قوله : ﴿ قَدْ

---

(1) ساقطة من (ص) .
(2) ساقطة من (ك) .
(3) في (ص) ، (ك) : [يلزم] .
(4) ساقطة من (ط) .
(5) ساقطة من (ك) .
(6) انظر المدونة الكبرى 30/2 .
(7) في (ص ، ك) : [كذلك] .
(8) هو أبو محمد عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم الشافعي ، سمع من أحمد بن الموازيني ، والقاسم ابن عساكر . حدث عنه : الدمياطي ، وابن دقيق العيد . برع في العربية والأصول ، وبلغ رتبة الاجتهاد قيل عنه حدث ، ودرس ، وأفتى وصنف وولي الحكم بمصر ، والخطابة بجامعها العتيق . توفي سنة (660 هـ) . سير أعلام النبلاء (32/17 ، 34) شذرات الذهب (301/6 ، 302) .
(9) ساقطة من (ك) .
(10) في (ك) : [فإذا] .
(11) ساقطة من (ك) .
(12) ساقطة من (ص) ، (ك) .

أَفْلَحَ مَن زَكَّىٰهَا ۝ وَقَدْ خَابَ مَن دَسَّىٰهَا ﴾ [الشمس : 9] التزمَ اللهُ تعالى أن من زَكَّى نفسه فإنه يجد عنده تعالى فلاحًا ، وأن مَنْ دَسَّاها أي دَسَّهَا بالمعاصي فأبدلت إحدى [(1)] السينين ألفًا فإنه [(2)] يجدُ عندَهُ تعالى خيبةً ، وأكد هذا الالتزامَ بالقَسَمِ السابقِ ، وهو قوله تعالى ﴿ وَٱلشَّمْسِ وَضُحَىٰهَا ﴾ إلي قوله : ﴿ وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّىٰهَا ﴾ [الشمس : 7] فهذا كله قسمٌ مؤكِّدٌ لذلك الالتزامِ ، ونحو ذلك في القرآن الكريم كثيرٌ من الالتزامات المؤكدة بالحلفِ ، ويُحْتَمَل [(3)] أيضًا ميثاق الله تعالى [(4)] الذي شَرَعَهُ لنا ، فقد أمرنا اللهُ تعالى أن نلتزمَ الحقوقِ الواجبةَ علينا للعباد ، وأن نُزِيلَ الريبةَ من صدورِ المؤمنين الذين هم أصحابُ تلكَ الحقوقِ بالإيمانِ ، والتأكيد في ذلك النافي [لتلك الريبة] [(5)] فهذا الميثاقُ يُضَافُ إِلَى اللهِ تعالى إضافَة المشروعيةِ كَمَا تَقَدَّمَ في الكفالةِ والشهادةِ في قولِه تَعَالَى : ﴿ وَلَا نَكْتُمُ شَهَـٰدَةَ ٱللَّهِ ﴾ [المائدة : 106] وإذا احتمل الميثاقُ المضافُ إليه تعالى هذه المواثيقَ الثلاثةَ ، ويكونُ اللفظُ حقيقةً في أي ذلك الموضعِ [(6)] وَقَعَ أو كان مُرَادًا و [(7)] صَارَ اللفظُ دَائِرًا بين مَا هُوَ مُوجِبٌ ، وبين ما هو ليس بموجب ، وهما [(8)] القسمان الآخران الحادثانِ الميثاقُ اللفظي الدالُّ عَلَى كلامِ الله تعالى [(9)] القديم ، والميثاقُ المشروعُ في حقنا ولم [(10)] يَكُنْ موجبًا حينئذ ؛ لأن المحتملَ الموجبُ ، غيرُ الموجب [(11)] غيرُ موجب ؛ لأن الأصلَ براءةُ الذمةِ حتى يَتَحَقَّقَ الموجبُ .

هَذَا هُوَ القاعدُة الشرعيةُ المجمعُ عليها ، وإذا كانتْ هذه الأسئلةُ واردةً على هذه الألفاظِ حالةَ كونها مفردةً فإذا جُمِعَتْ وقيل : كفالاتُ الله تعالى [(12)] أو [(13)] مواثيقُه فالأسئلةُ باقيةٌ بحالها ، ويرد على الجمع ما [(14)] يرد على المفردات ، ووافقَ مالكًا أبو حنيفة وابنُ حنبلٍ في هذه المسائل .

1693 - وقال الشافعي [ﷺ] [(15)] العهدُ ، والكفالة ، والميثاق ، وقولنا : وحقِّ اللهِ ،

---

(1) في (ك) : [أحد] .

(2) ساقطة من (ك) .

(3) في (ك) : [محتمل] .

(4) ساقطة من (ك) .

(5) في (ص ، ك) : [لذلك الريب] .

(6) زيادة من (ك) .

(7) ساقطة من المطبوعة والمخطوطتين ، وقد أثبتناها نقلا عن مصححي المطبوعة ؛ لأن السياق يقتضيها .

(8) في (ص ، ك) : [هو] .

(9) زيادة من (ص ، ك) .

(10) في المطبوعة والمخطوطتين (لم) ، وقد أثبتنا الواو نقلًا عن مصححي المطبوعة .

(11) في (ص ، ك) : [للموجب] .

(12) ساقطة في (ص) ، (ك) .

(13) في (ص ، ك) : [و] .

(14) في (ص ، ك) : [كما] .

(15) ساقطة من (ص ، ك) .

وحقِّ الرحمن ، وحقِّ الرحيم ، وحقِّ العليم ، والجبارِ ، كناياتٌ لا صرائح لترددها بين المعاني القديمةِ ، وبين [1] المحدثاتِ ، فإن نوى القديمةَ وجبت الكفارة ، وإلا فلا [2] ؛ لأن لفظَ الحقِّ قد يُطْلَقُ ويرادُ بِهِ حَقُّ اللّهِ ، تعالى عَلَى عِبَادهِ من الطاعةِ والأفعال المطلوبة منهم ، وهي حادثةٌ كالصلاةِ والصومِ فلا يجبُ بها كفارةٌ حتى يَنْوِيَ القديمَ ، وهو حَقُّ اللّه تعالى الذي هو أمره ونهيُه النفساني الموظف [3] على عباده وكذلك العهد والكفالة والميثاق [4] قد يراد بها الحوادث كما تقدم تقريره ، والذي قاله الشافعي [ﷺ] [5] متجه بما تقدم من الأسئلة [والتقارير] [6] .

1694 - اللفظ السابعِ : « ايمُنُ اللّه » ، قال سيبويه [7] [رحمه الله] [8] : هو من اليُمْنِ

(1) ساقطة من (ص ، ك) .

(2) قال الماوردي : ذكر الشافعي إذ حلف بأربعة أشياء : « بحق الله ، وعظمة الله ، وجلال الله وقدرة الله . فأما عظمة الله ، وجلال الله فهو يمين سواء أراد به اليمين أو لم يرد لأنها من صفات ذاته المحضة فلم يعتبر فيها عرف شرع ولا استعمال وإن كان عر ف الاستعمال فيها موجودًا ، وإنما يعتبر العرفان فيما كان من الصفات محتملًا ولا يعتبر فيما زال عنه الاحتمال . وأما قوله « حق الله » « وقدرة الله » فتكون يمينًا إذا أراد اليمين وإذا أطلق انظر : الحاوي الكبير للماوردي (323/19) وقال الشافعي رحمه الله ولو قال : عهد الله وميثاقه فليست بيمين إلا أن ينوي يمينًا لأن لله عليه عهدًا أن يؤدي فرائضه ، وكذلك ميثاق الله بذلك وأمانته .
وقد عقب الماوردي على قول الشافعي السابق بقوله : وهذا كما قال وقال أبو حنيفة ومالك إذا قال علي عهد الله أو قال علي ميثاق الله أو جمع بينهما فقال : علي عهد الله وميثاقه كانا من صريح الأيمان فيكون يمينًا لما فيها من زيادة التغليظ على الأيمان بالعهد والميثاق .
وعلى مذهب الشافعي لا تكون يمينًا إذا لم ينوها ، لأن عهد الله وميثاقه يحتمل أن يكون ما أوجبه من فروض أن تؤدى إليه ، ويحتمل أن يريد به ما أخذه الله من الذرية في ظهور الآباء من الاعتراف به في قوله تعالى ﴿ وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِيٓ ءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا۟ بَلَىٰ ﴾ ويحتمل أن يريد بها اليمين فلما كان هنا يحتمل وجوها وجب أن يرجع فيه إلى نيته وإرادته فإن أراد يمينًا كانت يمينًا وإن أراد غير اليمين لم تكن يمينًا انظر : الحاوي الكبير للماوردي (329/19) بتصرف يسير .

(3) في (ص ، ك) : [الموصف] .

(4) زيادة من (ك) .

(5) ساقطة من (ك) .

(6) في (ص ، ك) : [التقرير] .

(7) هو عمرو بن عثمان بن قنبر ، طلب الفقه والحديث مدة ثم أقبل على العربية ، فبرع وساد أهل العصر ، ولقب بإمام النحو ، أخذ النحو عن الخليل ، والأخفش الكبير قيل : كان فيه مع فرط ذكائه حُبْسة في عبارته ، وانطلاق في قلمه ، صنف ، « الكتاب » اختلف في تاريخ وفاته فقيل : 180 سنة وهو أصح الأقوال . سير أعلام النبلاء 583/7 ، هدية العارفين 802/5 .

(8) ساقطة من (ص ، ك) .

والبركة ، ولذلك قال الشافعي [ﷺ] [1] : هو كنايةٌ لتردُّدِه بين المحدث من تنميةِ الأرزاقِ والأخلاقِ ، وبين القديمِ الذي هُوَ جَلَالُ الله تعالى وَعَظَمَتُه ، ومنه قولُه تعالى : [2] ﴿ فَتَبَارَكَ ٱللَّهُ أَحْسَنُ ٱلْخَٰلِقِينَ ﴾ [المؤمنون : 14] ﴿ تَبَٰرَكَ ٱلَّذِى بِيَدِهِ ٱلْمُلْكُ ﴾ [الملك : 1] أي كَثُرَ جَلَالُهُ وَعُلاه وصفاتُه العُلَى .

1695 - وقالَ الفراءُ [3] : هو جمع يَمِينٍ فيكون الكلامُ فيه كالكلامِ في أيمانِ المسلمينَ من هذا الوجهِ من جهةِ أنه صريحٌ أو كنايةٌ ، ويقال : ايمنُ الله ، وايمُ الله [4] ، ومُنُ [5] الله ، ومُ اللّه ثم عليه إذا قلنا : إنه جمع يمين إشكالٌ أيضًا بسببِ أن القائلَ إذا قَالَ : وأيمان المسلمين فحلف بالحلفِ يكونُ قد حلف بمحدثٍ أيضًا ، فإن حَلِفَ الخلقُ محدث فلا يلزمُ به كفارةٌ ، وكذلك يَرِدُ الإشكالُ على متأخري المالكية القائلين بلزومِ أيمانِ المسلمينَ عَلَيَ مَنْ قَال : « وأيمان المسلمين تلزمني » أنه إن أرادَ القسمَ فقد حلف بمحدثٍ فلا يلزمُه شيء ، وإن أرادَ أنْ يلزمَ نَفسَهُ موجباتِ الأيمانِ فإنْ أَرَادَ ذلك أنها تلزمه من جهة ، مسببات لأسبابها ، وأسبابها لم توجد فلا يلزمُهُ شيء ؛ لأن لزومَ الأحكامِ بدون أسبابِها غيرُ معهودٍ في الشريعةِ ، بَلِ الشريعةُ تنكره ، وإن أراد أنها تلزمه على سَبِيلِ النذرِ فيفتقرُ ذلك إلى نية النذر والقصد إليه ؛ فإن هذه الصيغة ليست موضوعة في [اللغة للمنذور] [6] ، بل هي إخبارٌ وقَسَمٌ ، وهؤلاء القائلونَ بلزومِ هذه الأمورِ لم يُصرِّحُوا بأنها من بابِ النذورِ ، بل ظاهرُ كلامهم أنها من بَابِ القَسَمِ والحَلِفِ .

---

(1) ساقطة من (ك) ، (ص) . (2) في (ك) : [ﷻ] .

(3) الفراء : هو أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الأسدي مولاهم الكوفي النحوي ، صاحب الكسائي يروى عن : قيس بن الربيع ومندل بن علي . وروي عنه : سلمة بن عاصم ومحمد بن الجهم السمري وغيرهما . ورد عن ثعلب أنه قال : لولا الفراء لما كانت عربية ، ولسقطت لأنه خلصها ، ولأنها كانت تتنازع ويدعيها كل أحد . قال الأنباري : لو لم يكن لأهل بغداد والكوفة من النحاة إلا الكسائي الفراء يكفي ،وقال بعضهم : الفراء أمير المؤمنين في النحو توفي في سنة 207 هـ ترجمته : الذهبي في سير أعلام النبلاء 434/8 ، الذهبي في العبر 354/1 ، الذهبي في تذكرة الحفاظ 372/1 .

(4) ساقطة من (ص) .

(5) في (ك) : [أمن] . (6) في (ط) : [الفقه المنذور] والصواب ما أثبتناه .

الفرق السادس والعشرون والمائة

بين قاعدة ما يوجب الكفارة [بالحلف من صفات] (1) الله تعالى إذا حنث وبين قاعدة ما لا يوجب كفارة إذا حلف به من ذلك

1696 - صفاتُ اللهِ تعالى خمسةُ أقسامٍ : معنويةٌ ، وذاتيةٌ ، وسلبيةٌ ، وفعليةٌ ، وما يشمل الجميع .

1697 - فأما القسم الأول : وَهَو (2) الصفاتُ المعنويةُ فهي سبعةٌ : العلمُ ، والكلامُ القديمُ ، والإرادةُ ، القدرةُ ، والسمعُ ، والبصرُ ، والحياةُ (3) ، فهذه كُلُّهَا يُوجِبُ الحلف بِها مَعَ الحنثِ الكفارةَ فيجوزُ (4) الحَلِفُ بها ابتداءً ، هذا هُوَ (5) مشهورُ المذهبِ (6) .

1698 - وقيلَ : لا تُوجِبُ كفارةً لقولِهِ [ﷺ] (7) « من كَانَ حَالِفًا فليحلف بالله أو ليصْمُتْ » (8) ولفظُ اللّه مخصوصٌ بالذاتِ فاندرجت الصفاتُ في المأمور بالصمت به ، ومستند المشهور ما تقدم مما حكاه رسول الله ﷺ عن أيوبَ عليه السلام أنه « قال : بلى وعزتِك ، ولكن لا غِنىَ لي عن بركتك » (9) وفي هذا القسم مسائل :

---

(1) في (ك) : [بصفات] .

(2) في (ط) : [وهي] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(3) جمع اللقاني هذه الصفات في قوله :

حي عليم قادر مريد سميع بصير ما يشاء يريد
متكلم ....

انظر : جوهرة التوحيد مع حاشيتها تحفة المريد للبيجوري (76 ، 77) طبعة دار الكتب الحديثة بالقاهرة .

(4) في (ص ، ك) : [ويجوز] . (5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) يكون القسم بذكر اسم الله تعالى ، أو بذكر صفة من صفاته أي كل صفة من صفاته الذاتية أي القائمة بذاته كالعلم ، والقدرة ، والإرادة ، وباقي صفات المعاني ، أو السلبية كالقدم ، والبقاء ، والوحدانية ، وباقي صفات السلوب لا الفعلية التي هي تعلق القدرة بالمقدورات كالخلق والرزق والإحياء والإماتة فالحالف باسم الله أو صفة من صفاته الذاتية أو السلبية يكفر إذا حنث أو قصد الحنث أما الحالف بصفة من الصفات الفعلية فلا يكفر عند الأشاعرة ويكفر عند الماتريدية انظر : في ذلك : الشرح الصغير بحاشية أحمد بن محمد الصاوي (198/2) طبعة دار المعارف تحقيق د/مصطفى وصفي 1972 .

(7) في (ص ، ك) : [عليه السلام] .

(8) أخرجه : البخاري (الشهادات) (2482) ، مسلم الأيمان (3105) .

(9) أخرجه : البخاري (غسل) (20) ، توحيد (7) ، أيمان (12) .

1699 - المسألة الأولى : الحلفُ بالقرآنِ إذا حلف به قلنا نحن تَجِبُ به الكفارةُ ؛ لأنه منصرفٌ للكلامِ القديمِ (1) ، وقالَ أبو حنيفةَ : لا تجبُ به الكفارةُ ؛ (2) ؛ لأنهُ ظاهرٌ في الكلامِ المخلوقِ الذي هُوَ الأصواتُ (3) ، فالكلامُ في تحقيقِ مناط هل فيه عرف أم لا ؟ ولما قالَ رسولُ الله ﷺ : « لا تسافروا بالقرآنِ إلى أرْضِ العدو » (4) لم يَفْهَمْ أحَدٌ إلا القرآن الذي هُوَ الأصواتُ ، وإذا قيلَ في مجرى العادة « القرآن » ، إنما يسبق إلي الفهم الكلامُ العربي المعجزُ ، والعربيُّ المعجزُ محدثٌ ، وهو مَرْوِيٌّ عن مالك [رَحِمَهُ اللهُ] (5) كما قاله أبو حنيفة ؟ [رضي الله عنه] (6) ، والأول المشهورُ (7) عن مَالِكٍ حملًا للقرآنِ عَلَى القديم .

1700 - قال صَاحِبُ الخصال (8) [ابن زرب الأندلسي] (9) : ويلحقُ بالقرآنِ عند مالكٍ إذا حلف بالمصحفِ ، أو بما أنزَلَ اللهُ ، أو بالتوراة أو بالإنجيل (10) واعلم أن هذه أيضًا ظاهرةٌ في العرف في المحدثِ ، فإن الناسَ لا يفهمون مِنَ المصحفِ إلا الأوراقَ المرقومةَ المجلدةَ بالجلدِ ، وهذه محدثةٌ ، وكذلك التنزيلُ والإنزالُ إنما يُتَصَوّرُ في الحادثِ ، فإن الصفاتِ القديمة لا تفارق مَوْصُوفَها (11) ، وما يستحيل مفارقتُه يستحيل نزولُه وطلوُعُه ومطلق الحركةِ عليه ، وأما التوراةُ والإنجيلُ فهما كَلَفْظِ القرآنِ لا يُفهَمُ منهما إلا الكلماتُ الخاصةُ التي نزلت باللغةِ العبرانيةِ ، وما يُوصَفُ باللغةِ العربية أو العبرانيةِ فَهُوَ

---

(1) جاء في الشرح الصغير : أن من اليمين التي تكفر إذا حنث الحالف أو قصد الحنث الحلف بالقرآن ، والمصحف لأنه كلام الله القديم ، وهو صفة معنى مالم يرد بالمصحف النقوش والورق . انظر : الشرح الصغير (2/200 ، 201) .

(2) في (ك) : [للكفارة] .

(3) عند الحنفية لا يكون حالفًا من حلف بالقرآن لأنه غير متعارف انظر : فتح القدير على الهداية (5/69) .

(4) أخرجه : أبو داود (جهاد) (81) ، ابن ماجه (جهاد) (45) ، الموطأ (جهاد) (7) ، أحمد 2/7 .

(5) ساقطة من (ص) و (ك) . (6) ساقطة من (ص) و (ك) . (7) في (ص ، ك) : [مشهور] .

(8) صاحب الخصال : هو : أبو بكر محمد بن بقي بن زرب بن يزيد القرطبي ، الفقيه ، شيخ المالكية ، العلامة ، كان عجبًا في حفظ المذهب ، فقيه ، خطيب ، من القضاة ، سمع : قاسم بن أصبغ وجماعة ، ولي القضاء بقرطبة وكان المنصور بن أبي عامر يعظمه ويجلسه معه ، توفي بقرطبة وهو يتولى القضاء في رمضان ، وقد ألف كتاب الخصال في الفقه مشهور على مذهب مالك عارض به كتاب الخصال لابن كابس الحنفي وهو في غاية الإتقان ، مولده سنة 317 هـ وتوفي في رمضان 381 هـ انظر : شذرات الذهب 3/101 ، سير أعلام النبلاء 12/458 ، شجرة النور الزكية ص 100 ، معجم المؤلفين 3/763 .

(9) ساقطة من (ص ، ك) .

(10) جاء في الشرح الصغير أن من اليمين التي تكفر إذا حنث الحالف أو قصد الحنث الحلف بالتوراة والإنجيل والزبور لأن الكل يرجع لكلامه الذي هو صفة ذاته انظر : الشرح الصغير (2/201) .

(11) ساقطة من (ص ، ك) .

مَحْدَثٌ بالضرورةِ [1] ، وكذلك قُلنا : القرآن لكونِهِ مَوْصُوفًا بكونِه عَرَبِيًّا في قولِهِ تعالى : ﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَٰهُ قُرْءَٰنًا عَرَبِيًّا ﴾ [يوسف : 2] محدثٌ ، فإن العربيةَ والعجمية من عوارضِ الألفاظِ ، والكلامُ النفسيُّ كَانَ قَديمًا أو مُحْدَثًا لا يُوصَفُ بِكَونِهِ عَرَبِيًّا ولاَ عَجَمِيًّا [2] .

1701 - المسألة الثانية : قالَ الشيخُ الإمامُ [3] أبو الوليدِ بنُ رشدٍ في « البيان والتحصيل » [4] : إذا قال : « عَلمَ اللّه لأفعلن » ، استحب له مالكٌ الكفارةَ احتياطًا تنزيلًا للفظِ علم الذي هو فِعْلٌ مَاضٍ منزلةَ عِلمِ اللهُ فكأنه قَالَ : « وَعِلْمِ الله تعالى [5] لأفعلن » . وقال سُحْنُونُ [6] إن أرادَ الحلفَ [وَحَنَثَ] [7] وجبتِ الكفارةُ وإلا فَلَا كَفَارةَ عليه ؛ [8] لأن حُرُوفَ القسمِ قد تُحْذف فَهُو كناية تحتملُ القسمَ بعلم اللّه تعالى [9] مَعَ حَذْفِ أداةِ القسمِ والتعبيرِ عَنْ الصفةِ القديمَةِ بصيغةِ الفعلِ ، فإن أرادَهُ وَجَبَتِ الكفارةُ ، وإن أرادَ الإخبارَ عَنْ عِلْمِ اللّهِ تعالى [10] بِعَدَمِ فِعْلِهِ فَلَيْسَ بِحَلِفٍ تجبُ [11] بِهِ كفارةٌ ، وهو متجه

---

(1) في (ط) : [بالصورة] والصواب ما أثبتناه في (ص ، ك) .

(2) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله من أن خلاف مالك وأبي حنيفة إنما هو في تحقيق مناط وهو هل في لفظ القرآن عرف أن المراد به الصفة القديمة أم لا ؟ ليس الأمر عندي كما زعم بل العرف في الاستعمال أن المراد به الحادث وذلك مستند أبي حنيفة ولكن قرينة القسم صرفت اللفظ إلى أن المراد به الأمر القديم وذلك مستند مالك والله تعالى أعلم فخلافهما في تحقيق مناط لكن من غير الوجه الذي ذكر ، ومما يدل علي ذلك تسوية مالك بين لفظ القرآن والمصحف والتنزيل والتوراة والإنجيل مع أن العرف فيها أن المراد بها المحدث (انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 39/3 ، 40) .

(3) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(4) البيان والتحصيل : لأبي الوليد بن رشد المتوفى سنة 520 هـ واسم الكتاب « البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوحيد والتعليل » هدية العارفين أسامي المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون 85/6 دار الكتب العلمية ببيروت 1413 هـ .

(5) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(6) سحنون : هو عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة بن عبد الله التنوخي ، الإمام العلامة فقيه المغرب ، وأبو سعيد ، الحمصي الأصلي المغربي القيرواني المالكي .

قاضي القيروان ، وصاحب « المدونة » ويلقب بسحنون عن يونس بن عبد الأعلى قال : سحنون سيد أهل المغرب قيل : كان إذا أقرئت عليه « معازي » ابن وهب تسيل دموعه ، وإذا أقرئ عليه « الزهد » لابن وهب يبكي وعن سحنون : قال : ما عميت على مسألة إلا وجدت فرجها في كتب ابن وهب وقال عيسى بن مسكين : سحنون راهب هذه الأمة توفي في شهر رجب سنة أربعين ومائتين وله ثمانون سنة ، وخلفه ولده محمد ترجمته في والذهبي في « العبر » 34/2 ، والذهبي في « الأعلام » 70/10 .

(7) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(8) انظر : المدونة الكبرى 29/2 .

(9) زيادة في (ص ، ك) .

(10) ساقطة من (ك) .

(11) في (ص ، ك) : [لا تجب] .

في قواعد الفقه ، وقد وقع لبعض النحاةِ جوازُ فتحِ أن بعد القَسَمِ ، وعلل ذلك بأن القَسَمَ قد يقع بصيغةِ الفعلِ المتعدي ، فتكون أن معمولةً لذلك [1] الفعل المتعدي نحو علم الله ، وشهد الله أن زيدًا لمنطلق ، فلما كانت مظنة وجود الفعل المتعدي فتحت تنزيلا للمَظْنُونِ منزلةَ المحققِ ، والظاهر أنه نقلها لُغَةً عن العربِ في فتح أن بعد القسَمِ ، والجادةُ عَلَى كَسْرِهَا بَعْدَ القَسَم .

1702 - المسألة الثالثة : الألف واللام في اللغة أصلها للعمومِ عَلَى مذهب جمهور الفقهاءِ [والقائلين بالعموم في أصول الفقه] [2] ، وقد تكونُ للعهدِ مجازًا عندهم كقوله تعالى ﴿ كَمَآ أَرْسَلْنَآ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ رَسُولًا ۝ فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ ٱلرَّسُولَ ﴾ [المزمل : 15] فهذه اللامُ للعهدِ ، أي عصا الرسولَ المعهودَ ذكره الآن [3] فهذا [4] مجاز ؛ لأنها اسْتُعمِلَتْ في غير موضوعِها لأنها موضوعةٌ ؛ للعموم ، وقد استعملت في الخصوصِ الذي هو العهدُ فيكونُ مجازًا ، فإذا تقررت هذه القاعدةُ ، وقالَ القائل : والعلمِ والقدرةِ فأصلها في الوضع [5] اللغوي أنها للعمومِ فتشملُ كُلَّ علمٍ كَانَ قديمًا أو حادثًا فيجتمع في أفراد هذا العموم العلم القديم وهو موجب ، والعلم المحدث وهو غير موجب ، وإذا اجتمعَ الموجبُ وغيرُ الموجبِ ترتب الإيجابُ [على الموجب] [6] ، ووجودُ غيرِ الموجب لا يَقْدَحُ ولا يعارض الموجب كمن وُجِدَ منه شربُ الخمر وشربُ الماء وَجَبَ عليه الحدُّ لأجلِ الموجب ، والقاعدةُ أن الأصلَ اعتبارُ الموجب بحسبِ الإمكانِ ، فيعتبر العلمُ القديمُ في إيجابِ الكفارة ، نعم يتجه أن يقال : إنهُ حينئذ اندرج في كلامه ما يسوغ الحلفُ به وهو العلمُ القديمُ ، وما يُنْهى عن الحَلِفِ به [7] تحريمًا أو كراهةً وهو العلمُ المحدثُ

---

(1) من (ص) ، (ك) : [بذلك] .

(2) ساقطة من (ط) .

(3) ذكر القرافي هنا نوعًا واحدًا لأل العهدية ، والواقع أنها على ثلاثة أنواع : الأول : ما كان مصحوبها معهودًا ذكريًا نحو : ﴿ كَمَآ أَرْسَلْنَآ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ رَسُولًا ۝ فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ ٱلرَّسُولَ ﴾ : أي المعين الذي أرسله إليه ونحو ﴿ فِيهَا مِصْبَاحٌ ٱلْمِصْبَاحُ فِى زُجَاجَةٍ ٱلزُّجَاجَةُ كَأَنَّهَا كَوْكَبٌ ﴾ ، ونحو اشتريت فرسا ثم بعت الفرس ، وعلامة هذه أن يسد الضمير مسدها مع مصحوبها ألا ترى أنه يصح أن يقال اشتريت فرسًا ثم بعته فسد الضمير مسد الفرس . وهذا هو النوع الأول الذي ذكره القرافي : أما النوع الثاني من نوعي « أل » « فهو » : ما كانا مصحوبها معهودًا ذهنيا نحو ﴿ إِذْ هُمَا فِى ٱلْغَارِ ﴾ والنوع الثالث : ما كان مصحوبها معهودًا حضوريًا قال ابن عصفور ولا تقع هذه إلا بعد أسماء الإشارة نحو (جاءني هذا الرجل) أو أي في النداء نحو (يا أيها الرجل) أو إذا الفجائية نحو (خرجت فإذا الأسد) وفي اسم الزمن الحاضر نحو الآن (انظر : مغني اللبيب عن كتب الأعاريب لابن هشام ومعه حاشية الدسوقي 70/1 ، 71) .

(4) في (ص ، ك) : [فهو] .

(5) في (ص) ، (ك) : [الموضوع] .

(6) في (ص) ، (ك) : [بالموجب] .

(7) في (ك) : [عنه] .

والمركبُ من المأذون فيه ، والمنهي عنه منهي عنه فتكونُ يمينُه هذه مَنْهِيًّا عنها ، وإن كانتْ موجبةً للكفارةِ هذا إذا استعملنا الألفَ واللاَمَ للعمومِ [1] ، وإن قلنا : إنها للعهدِ ، أو قرينةُ الحلفِ تصرفُها للعهدِ لأنهُ الغالبُ من أحوالِ المؤمنينِ كَانَ المرادُ ما عهد الحلف به وَهُوَ العِلمُ القديمُ فَتَجِبُ الكفارةُ مِنْ غَيْرِ نهي ، وَهَذَا هُوَ الظَّاهِرُ من أحوالِ الحالِفِينَ ، هذا ما يتعلق بتلخيص الألف واللام في الصفة إذا حلف بها ، فإن أضيفتَ وقَاَلَ [2] الحالفُ : « وعلمِ اللهِ وقدرةِ اللهِ » ونحو ذلكَ اندرجَ في المضافِ العلمُ القديمُ والمحدثُ ، وكذلك كلُّ صفةٍ تضافُ ؛ لأنَّ اسمَ الجنسِ إذا أُضيفَ عَمَّ ، كقوله ﷺ « هو الطهُورُ مَاؤُهُ الحِلُّ ميتته » [3] فَعَمَّ جَمِيعَ مِيَاهِ البحرِ وَمَيْتَاتُه ، ولأنهُ المنقولُ عَنِ [4] الأصوليين ، والإضافةُ يكفي فيها أدنى ملابسة كَمَا تَقَدَّمَ بيانه ، والمحدثاتُ مِنَ الصِّفَاتِ والموصوفاتِ تُضَافُ إلى اللّهِ تعالى لأنهُ خَلَقَهَا ، وغير [5] ذلك من النسب والإضافات التي بين [6] المخلوقِ والخالقِ ، ولذلكَ قَالَ كَعْبُ الأحبارِ [7] في قَوْلِهِ تعالى ﴿ فَنَفَخْنَا فِيهِ مِن رُّوحِنَا ﴾ [التحريم : 12] : إنَّهُ تعالى نفخ فيه رُوحًا مِنْ أَرْوَاحِهِ إشارة إلي أن [8] أرواحَ الخلائقِ كُلَّهَا مخلوقةٌ [9] وأنَّ روح عيسى عليه [10] السلام من جملتها ، فأضافَها اللّه تعالى إليه إضافةَ الخلق [إلى الخالقِ] [11] فإذا وَضَحَ أن هذهِ الإضافةَ تقتضي العمومَ في القديمِ والحادثِ ، فإن أبقيناها [12] عَلَى عُمُومِهَا شملت الموجب وغيرَ الموجبِ والمأذونَ فيه والمنهيِّ عنه فيكونُ الكلام حينئذ في الإضافة كما تقدم في عمومِ الألفِ واللامِ ، وإن لم نحملها على عُمُومِهَا ، وقلنا بالعهدِ ، فهو في الإضافةِ قليل ، وإنما هو مَشْطُورٌ

(1) في (ص ، ك) : [في العموم] .
(2) في (ص ، ك) : [فقال] .
(3) أخرجه : أبو دواد (طهارة) 41 ، الترمذي (طهارة) (52) ، النسائي (طهارة) (46) ، ابن ماجه (طهارة) (38) ، الموطأ (طهارة) (12) ، الدارمي (وضوء) (53) ، أحمد 237/2 .
(4) في (ك ، ص) : [عند] .
(5) في (ص ، ك) : [لغير] .
(6) في (ك ، ص) : [هي] .
(7) كعب الأحبار : هو كعب بن ماتع الحميري اليماني العلامة الحبر ، كان يهوديًا فأسلم بعد وفاة النبي ﷺ ، قدم المدينة من اليمن أيام عمر ، فجالس أصحاب محمد ﷺ ، فكان يحدثهم عن الكتب الإسرائيلية ، وكان يأخذ السنن عن الصحابة ، كان حسن الإسلام ، حدث عن : عمر وصهيب وغير واحد ، وحدث عنه : أبو هريرة ومعاوية وابن عباس . توفي في خلافة عثمان قيل 32 هـ وقيل 35 هـ . انظر : شذرات الذهب 40/1 ، سير أعلام النبلاء 14/5 .
(8) ساقطة من (ص) و (ك) .
(9) ساقطة من (ص) و (ك) .
(10) ساقطة من (ك) .
(11) في (ص) و (ك) : [المخلوق] .
(12) في (ص) و (ك) : [جلبناها] .

للنحاة[1] في الألفِ واللامِ ، وينبغي أن نقول هاهنا : إن قرينةَ حالِ الحالفِ والحلف أن هذا العام أُرِيدَ به الخاصُّ وهو الصفةُ القديمةُ خاصةً فيقومُ هَذَا التخصيصُ مَقَام العهدِ في لاَم التعريفِ ، ويَحْصُلُ المقصودُ ، وتكونُ اليمينُ ملزمةً للكفارةِ من غير نهي ، وقدَ نَقَلَ عبدُ الحَقِ[2] في تهذيب الطالبِ عن أشهب[3] أنه قالَ : إن أرادَ الحالفُ بقولِه : وعزةِ اللهِ [وأمانتهِ][4] المعنى القديمَ وجبتِ الكفارةُ ، أو المحدثَ لم تَجِبْ ، وقدْ قَالَ الله[5] تعالى : ﴿ سُبْحَٰنَ رَبِّكَ رَبِّ ٱلْعِزَّةِ ﴾ [الصافات : 180] ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ [النساء : 58] والقديمُ لا يكونُ مربوبًا ولا مأمورًا به إشارة منه إلى أن الإضافةَ يكفي فيها أدنى ملابسةٍ ، ويكونُ اللفظُ حقيقةً ، وأن العزة الحادثة للعبادِ يمكنُ أن تُضَافَ إليه إضافةَ الخلقِ للخالقِ ، ولأجل هذه الاحتمالاتِ والترددات خَالَفَنَا جمهور الحنفية في الصفاتِ فقالوا : إن تعارفَ [الناس بالحلف][6] بها كانت يمينًا ، وإن لم تَتَعَارَفِ الناسُ بِهَا لَم تَكُنْ يَمِينًا ، وسواءٌ كَانَتِ الصفاتُ مِنْ صِفَاتِ الذاتِ أو صِفَاتِ الفعلِ فاشترطُوا الشهرةَ دُونَنَا ، وسووا بين الصفاتِ الفعليةِ والذاتيةِ ، وسبب اشتراطهم الشهرةَ أن الشهرةَ تُصَيِّرُ ذلك اللفظَ المشهورَ موضُوعًا لخصوص القديم الذي يحلف به فتجبُ به الكفارةُ ، وقبل النقل والشهرة يكونُ اللفظُ مترددًا بين القديمِ والمحدثِ ، والأصلُ براءةُ الذمة ، ومما يعضد هذا الترددَ أن النكرة[7] قسمان : منها ما

---

(1) في (ص ، ك) : [النجاة] .

(2) عبد الحق : هو : عبد الحق بن محمد بن هارون ، الإمام ، شيخ المالكية ، أبو محمد السهمي الصقلي ، الإمام الفقيه ، الحافظ ، النظار ، العالم المتقن ، تفقه بشيوخ القيروان كأبي بكر بن عبد الرحمن ، وأبي عمران الفاسي وابن الأجدابي ، حج مرات ، وناظر بمكة أبا المعالي إمام الحرمين وباحثه ، موصوف بالذكاء ، وحسن التصنيف ، له استدراك على مختصر البرادعي وله كتب منها : النكت والفروق لمسائل المدونة « تهذيب الطالب » كان قريشيًا من بني سهم . توفى سنة 466 هـ بالإسكندرية .

انظر : سير أعلام النبلاء (606/13 ، 607) ، شجرة النور االزكية ص 116 .

(3) أشهب هو : أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم الإمام العلامة مفتي مصر أبو عمرو القيس العامري المصري الفقيه سمع مالك بن أنس والليث بن سعد ، ويحيى بن أيوب ، وسليمان بن بلال ، وحدث عنه الحارث بن مسكين وابن المواز وسحنون بن سعيد قال عنه الشافعي : ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه . كان أشهب على خراج مصر وكان صاحب أموال وحشم ، توفي سنة 204 هـ وكان مولده سنة أربعين ومائة . سير أعلام النبلاء 323/8 ، 324 شذرات الذهب 12/2 .

(4) ساقطة من (ك) .
(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) في (ك) : [بالحلف] ، وفي (ص) [الناس بالحلف] .

(7) في (ط) : [النكرات] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

يَصْدُقُ عَلَى القليلِ والكثيرِ من ذلك الجنس ، كقولنا : ماء ، ومال ، وذهب ، وفضة ، فيقال للكثيرِ من جميع ذلك : ماء ومال [1] وذهب وفضة وكذلكَ القليلُ ، ومن النكراتِ مَالًا يَصْدُقُ إلا على الواحدة من ذلك الجنس ، ولا يصدقُ عَلَى الكثير منه كقولنا : رجل وعبد ودرهم ودينار ، فلا يُقَالُ للرجالِ الكثيرةِ رَجُلٌ ، ولا للعبيدِ عبدٌ ، ولا للفضة والدراهِم الكثيرة درهم ، ولا للذهب الكثير والدنانير دينار ، وإن قيل له ذهب ، بل لا تصدقُ هذه النكراتُ إلا على هذا [2] الجنسِ بقيد الوحدةِ ، فصارت أسماءُ الأجناسِ منها ما يَصْلُحُ للقليلِ والكثيرِ ، ومنها مالا يَصْلُحُ ، فأمكن أن يُقَالَ : إنا وإن قلنا بأن الإضافةَ تقتضي التعميمَ إنما نقولُهُ في أسماءِ الأجناسِ التي تَصْدُقُ عَلَى الكثيرِ [3] ، أما التي لا تَصْدُقُ إلا على الجنس بقيد الوحدة [4] فإنَّ إضَافَتَهَا لا تُوجِبُ تَعْمِيمًا ؛ ولذلك يُفْهَمُ العمُومُ من قول القائل : « مالي صدقة » ، ولا يُفْهَمُ من قوله [5] : عبدي حر ، لا وامرأتي طالق ، بل لا يفهم مع الإضافة إلا فرد واحد من ذلكِ الجنسِ ، وهو عبدٌ واحدٌ وامرأةٌ واحدةٌ فيحمل قول الأصوليين : إن اسمَ الجنسِ إذا أُضِيفَ عمَّ عَلَى اسم الجنس إذا كان يَصْدُقُ عَلَى الكثير بدليلِ مواردِ الاستعمالِ ، وهو متجه غاية الاتجاه ، غير أني لم أره منقولًا ، وقد نبهت عليه في شرحِ المحصولِ [6] ، وإذا كان هذا مَعْنَى صَحِيحًا يمكنُ مُرَاعَاتُه ، فقولنا : « وعزةِ اللّهِ وأمانةِ اللهِ » من الألفاظِ التي لا تَصْدُقُ عَلَى الكثيرِ أمانة بل أمانات ، ولا أنواعُ العزةِ المختلفة أنها عزةٌ بل عزاتٌ ، وكذلك القدرةُ [7] الكثيرةُ لا يقالُ لها قدرةٌ [8] بل قدرات ؛ لأن الأصل فيما هو بهاء التأنيث أن يكون للواحدِ [9] نحو تمرة ومرة [10] وضربة ، وجرحة ، وإقامة ، وإذا لم تكن حالةَ الإضافة تتناول إلا الواحد كما كانت قبلَ الإضافةِ ، وذلك الواحدُ لا عُمَومَ فيه حتى يَشملَ القديمَ والمحدثَ فيبقى مترددًا بين الموجبِ الذي هُوَ القديمُ وبينَ غيرِ الموجبِ الذي هو المحدثَ ، والأصل براءة الذمة حتى تحصلَ شهرة ، ونقلٌ عرفي في القديم ، فتجبُ الكفارةُ حينئذ ،

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .
(2) في (ص ، ك) : [ذلك] .
(3) في (ك) : [الكثير فيه] .
(4) في (ك) : [الواحدة] .
(5) في (ك) : [قولي] .
(6) شرح المحصول : للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المتوفى سنة (684 هـ) . واسم الكتاب : شرح المحصول لفخر الرازي (هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين) (99/5) . دار الكتب العلمية ببيروت 1413 هـ) .
(7) في (ص) : [القدر] ، وفي ك [القدور] .
(8) في (ك) : [قدر] .
(9) في (ص) : [للواجب] .
(10) في (ط) : [برمة] .

وهذا حَسَنٌ متجه ، غير أنه لا يطردُ في علمِ الله تعالى إذا قَالَ : وعلم الله ، فإن العلمَ الكثيرَ يُسَمَّى عِلْمًا بخلافِ الإرادةِ ، وكذلك السمعُ والبصرُ بخلاف الحيَاةِ ، وهذه كُلُّهَا مباحثُ حسنةٌ يمكنُ الجنوحُ [إليها] (1) في مجالِ النظرِ وتحقيقِ الفقه (2) .

1703 - القسم الثاني من الصفاتِ : الصفاتِ الذاتية : وهيَ كونُه تعالى أزليًا أبَدِيًّا واجبَ الوجودِ ، فهذه الصفاتُ ليستْ مَعَانِيها موجودةً قائمةً بالذاتِ ، ولا هِيَ سلب نقيصة كقولِنا : ليسَ بجسمٍ ، بل صفاتُ ذات واحد (3) الوجود بمعنى أنها أحكامٌ لتلك الذاتِ ، كما نقولُ في السوادِ : إنه جامعٌ للبصرِ ، والبياضِ : إنه مفرق للبصر ، وتصفه بذلك لا بمعنى أن جَمْع البصرِ [في السوادِ] (4) وتفريقَه في البياضِ ، صفةٌ قائمةٌ بالسوادِ والبياضِ ، بل بمعنىَ أنها أحكامٌ ثابتةٌ لتلكَ الحقائِق ، فكذلك هَاهُنَا مِن صفات الله تعالى (5) ما تقدم ذكرُه عَلَى هذا التفسيرِ ، ولما لم تَكُنْ صفة معنوية زائدة على الذاتِ سماها العلماءُ صفاتٍ ذاتيةً ، فهذا هو تَحْقِيقُها (6) ، وأمَّا (7) حكْمُهَا في الشريعة إذا حَلَفَ بِهَا فالظَّاهِرُ من قولِ مالكٍ [ﷺ] (8) أنَّهُ إذا (9) قال عَمْرُ اللهِ يميني يُكَفِّرْ مَعَ أن العمرَ هو البقاءُ ، والبقاءُ يرجعُ إلى مقارنةِ الوجودِ بالأزمنة (10) والمقارنةُ نسبةٌ لا وُجُودَ لَهَا في الأعيانِ فقد أعتبرَ النسبةَ وجَعَلَ حُكْمَهَا حُكْمَ الصفةِ الوجوديةِ ، فلعله يقولُ في هذهِ الصفاتِ كذلك ، ويوجب بها الكفارةَ إذا قال الحالف : وأزليةِ اللهِ تعالى (11)

---

(1) في (ص) : [عليها] .

(2) قال ابن الشاط : قلت : الصحيح عندي في قول القائل والعلم وقوله : وعلم الله وما أشبه ذلك أن قرينة القسم عينت أن المراد القديم دون غيره مع أن لفظ العلم سواء كان بالألف واللام أم مضافًا ليس اشتماله في القول الصحيح على القديم والحادث من باب العموم الذي يقول به المعممون بل اشتماله على القديم والحادث من باب تعميم اللفظ المشترك والقول به مردود ، وكل ما قاله في هذه المسألة مبني على أن اشتمال اللفظ على القديم والحادث من باب العموم فما قاله ليس بصحيح والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (41/3) .

(3) في (ص ، ك) : [واحد] .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) ساقطة من (ك) .

(6) قال ابن الشاط : قلت : ليس ما قاله في ذلك بصحيح فإن الأزلية إنما معناها أن وجوده لم يسبقه عدم والأبدية أنه لا يلحقه عدم ووجود الوجود نفي تبدله فهذه الصفات بجملتها سلبية لا ثبوتية هذا على إنكار الأحوال و إما على إثباتها فذلك متجه على أنها أحوال نفسية لا معنوية . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (43/3) .

(7) في (ص ، ك) : [وأما ما] .

(8) ساقطة من (ص) و (ك) .

(9) زيادة من (ص ، ك) .

(10) في (ص ، ك) : [بالأزمنة] .

(11) ساقطة من (ك) .

ووجوبِ وجودهِ وأبديته ، ولم أر فِيهِ نقلًا غيرَ ما ذكرتُه لَكَ مِنَ التخريج [1] .

1704 - فإن قلتَ : الأبديةُ لا تكونُ في الأزلِ كَمَا أن الأزليةَ لا تكونُ في المستقبلِ ، بل الأبديةُ اقترانُ الوجودِ بجميعِ الأزمنةِ المستقبلةِ ، والأزليةُ اقترانُ الوجودِ بجميعِ الأزمنةِ المتوهَّمَةِ إلى غيرِ نهايةٍ [2] من جهةِ الأزلِ ، فالأزلُ والأبدُ متنافيان لا يَجْتَمِعَانِ ، ولا يكونُ أحدُهما في الزمنِ الذي يَكُونُ فيهِ الآخرُ ، فعلى هذا لا يَكُونُ الأبدُ إلَّا مُتَجَدِّدًا بَعْدَ الأزلِ ، فإن جَعَلْتُمُ الحلفَ لا يكُونُ إلا بقديمٍ لم ينعقدِ الحلفُ بأبديةِ اللّهِ تعالى لتجددِها بعد الأزلِ ، ثم إن جعلتمُ الحلفَ بالقديمِ كيفَ كَانَ وجودًا أو عدمًا يلزمكم أَنَّ مَنْ حَلَفَ بِقِدَمِ [3] العالمِ أن يَكُونَ تلزمُهُ الكفارةُ وليسَ كَذَلِكَ .

1705 - قلت : مُسَلَّمٌ أن الأبديةَ لا تكونُ أزليةً ، وهي متجددةٌ بعد الأزليةِ ، غيرَ أنَّ أبديةَ اللّهِ تعالَى ترجعُ إلى وُجُودِ وجوده من حيثُ الجملةُ كالبقاءِ وعمرِ اللهِ تعالى [4] كَمَا تقدمَ بيانُه مَعَ أن البقاءَ لا يعقل في المحدثَاتِ إلا بعدَ الحدوثِ ، فهو قرينةٌ تقتضِي التأخيرَ مِنْ حَيْثُ الجملةُ عَنْ أصْلِ الوجودِ ، وَمَعَ ذلك فقد اعتبره ولم يلاحظ هذا المعنى ، ومقتضَى ذَلِكَ اعتبارُ الأبديةِ ، والمقصودُ التخريجُ على المذهبِ ، لا إقامة الدليل على صحتهِ ، وهذا التخريجُ صحيحٌ في ظاهرِ الحالِ ، ولك أن تقولَ : إن [5] الأبديةَ لا تكونُ في الأزلِ ، وما لا يَكُونُ في الأزلِ يكونُ حادثًا قَطْعًا ، وأما البقاءُ فواقعٌ في الأزلِ ؛ لأنَّ اقترانَ الوجودِ [6] كما حصل بالأزمنةِ المستقبلةِ حَصَلَ بالأزلِ ، وفيه لم يَتَعَيَّنَ لَهُ حُدُوثٌ ، فمع الفرقِ لاَ يَصِحُّ التخريجُ [7] ، وأما عَدَمُ العالمِ فالجوابُ عَنْهُ أَنَّا لا نعتبرُ

---

(1) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في ذلك صحيح غير ما قاله في البقاء أنه يرجع إلى مقارنة الوجود في الأزمنة ، فإنه ليس كذلك فإنه تعالى متصف بالبقاء سواء وجد زمان أو لم يوجد فإن الزمان جملة الحوادث انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (44/3) .

(2) في (ص) و (ك) : [النهاية] .

(3) في (ط) : [بعدم] والصواب ما أثبتناه من (ك) .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) زيادة من (ك) .

(6) في (ص ، ك) : [الموجود] .

(7) قال ابن الشاط : قلت : السؤال غير صحيح ، وجوابه كذلك ، أما عدم صحة السؤال فمن جهة أن وجود الباري تعالى وجميع صفاته لا يلحقها الزمان والأزلية والأبدية قد تقدم تفسيرهما بالسلب فكيف يقول السائل إنهما لا يكون أحدهما في الزمن الذي يكون فيه الآخر وهل الكون إلا من لواحق الوجود وهو هو فما ألزم من أن الأبد لا يكون إلا متجددًا إلا يلزم وما قاله هو في الجواب من أن البقاء في المحدثات لا يعقل إلا بعد الحدوث مسلم ولا يلزم من ذلك ما بني عليه من أن مالكا اعتبر البقاء من غير ملاحظة كونه ثانيا عن الحدوث ومتي يصح في حقه تعالي أن يكون بقاؤه بتلك المثابة حتى يلزم إن مالكا لم يعتبر ذلك فيخرج علي قوله في مسألة الأبدية مع تسليم تجددها هذا كله تخليط فاحش لا يفوه بمثله من حصل شيئًا من علم الكلام . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (44/3) .

القديمَ كَيْفَ كَانَ ، فإن عدم العالم ، بل عدم كل حادث قديم ، ولا يصحُّ الحلفُ بِهِ ، بل يُعْتَبَرُ القِدَمُ [1] المتعلقُ بذاتِ الله تعالى [2] ووجودِه وصفاتِه العُلىَ [3] ، وعدم العَالِم والحوادثِ ليسَ متُعَلِّقًا بوجودِ اللهِ تعالى وصِفَاتِهِ ، فلذلك لَم تَلْزَمْ بِهِ كفارةٌ ولم تُشْرَعْ بِهِ يمينٌ .

1706 - فائدة : اختُلِفَ في القدمِ هَلْ هُوَ صفةٌ ثبوتيةٌ وَأَنَّهُ تعالى قَدِيمٌ بقدم كالعلم وغيره ، أو هو صفةٌ نسبيةٌ لا زائدةً على ذاتِه تعالى [4] ، بل قدمُه استمرارُ وجودِه مع جميعِ الأزمنةِ الماضيةِ المحققةِ والمتوهمة ، والاستمرارُ نسبةٌ بينَ الوجودِ والذاتِ ، وكذلك جرى [5] الخلافُ في البقاءِ هل هو وجودي أم لا ؟

1707 - القسم الثالث من صفاتِ اللهِ تعالى : الصفاتُ السلبيةُ ، وهيَ كقولنا : إن الله تَعَالَى ليس بجسمٍ ، ولا جوهر ، ولا عرض ، ولا في حيز [6] ، ولا في جهةٍ ، ولا يشبه شيئًا من خَلْقِهِ فيِ ذاتِه ولا فيِ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ : ﴿ لَيْسَ كَمِثْلِهِۦ شَىْءٌ ۖ وَهُوَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْبَصِيرُ ﴾ [الشورى : 11] فهذه الصفاتُ هي نسبةٌ بينَ اللهِ تَعَالَى ، وأمورٍ مستحيلةٍ عليْهِ ﷻ ، فإذا قَالَ القائلُ : وسلبِ الشريكِ عن [7] اللهِ تعالى أو [8] وسلبِ الجهة والمكان والجسمية وغير ذلك من هذه السلوب ، نحو وحدانيةِ اللهِ تعالى وعفوِه وحلمهِ وتسبيحهِ [9] وتقديسِه ، فلم أر فيها نقلًا ، فالوحدانيةُ سلبُ الشريكِ ، والعفوُ إسقاطُ العقوبةِ ، والحلمُ تأخيرُها ، فهذه السلوبُ منها قديمٌ نُحو سلب الشريك ، وهو الوحدانيةُ ، وسلبُ الجسميةِ والعرضيةِ والجوهريةِ والأبنية ، وسلبُ جميع المستحيلاتِ عليه تعالى ، فهذه السلوبُ قديمةٌ هي أقربُ لانعقادِ اليمينِ بها ؛ لأنهاَ قديمةٌ متعلقةٌ باللّهِ تعالى لا سِيَّما إذا كانت الإضافةُ في اللفظِ إلى اللهِ تعالى نحو قولنا : و [10] وحدانيةُ اللهِ تعالى [11] وتسبيحُ اللهِ تعالىَ [12] ؛ وتقديسُ اللهِ تَعَالَى [13] ، ونحو ذلك ، بِخِلَافِ أن يقولَ : وسلبِ الجسمِ وسلبِ الشريكِ ، فإنَّ الإضافَة لغيرِ اللهِ تعالى تبعد انعقاد اليمين .

ومنها سلوبٌ محدثة نحو عفوِ اللهِ تعالى بعد تحققِ الجنايةِ ، وكذلك حلمُه تعالى فإنهُ

---

(1) في (ص) و (ك) : [القديم] .

(2) زيادة من (ص ، ك) .

(3) في (ص) و (ك) : [العليا] .

(4) ساقطة من (ك) .

(5) ساقطة (ص) و (ك) .

(6) في (ك) : [حد] .

(7) في (ص ، ك) : [على] .

(8) في (ك) : [إن] .

(9) ساقطة من (ك) .

(10) ساقطة من (ص ، ك) .

(11) ساقطة من (ك) .

(12) ساقطة من (ك) .

(13) ساقطة من (ك) .

تأخيرُ العقوبةِ بعد تحقيقِ الجنايةِ ، و الجنايةُ من العبادِ حادثةٌ ، فالمتأخرُ عن الحادثِ حادثٌ ، فهي سلوبٌ حادثةٌ ، فهى أبعدُ عن انعقاد اليمينِ من السلوبِ القديمةِ لاجتماعِ السلبِ والحدوثِ فيها ، فبعدت من وجهين بخلافِ السلوبِ القديمةِ إنما بَعُدَتْ من حيثُ السلبُ ، فالذي يقولُ : لا تنعقدُ اليمينُ بالصفاتِ المعنويةِ الثبوتيةِ يقولُ هاهنا بعدم الانعقادِ بطريقِ الأولىَ ، والذي يقولُ : تنعقدُ [اليمينُ] [1] بالصفاتِ الثبوتيةِ كالعلمِ والقدرةِ أمكنَ أن يَقُولُ بعدمِ الانعقادِ هاهنا لأجلِ السلبِ ، فهذا موضعٌ يحتمل الإطلاقَ بانعقادِ اليمين ، وبعدم انعقادِها ، ويحتملُ التفصيلَ بينَ القديمِ والمحدثِ ، ولم أجدْ في هذهِ المواطنِ نقلًا أعتمدُ عليه غير أني حَرّكْتُ من وجوهِ النظرِ والتخريجِ ما يمكن [أن يعتمد الفقيه عليه] [2] نفيًا أو إثباتًا [3] .

1708 - (فائدة) : السلبُ في حقِ الله تعالى سَلْبَانِ : سلبُ [4] نقيصةٍ نحو سَلْبِ الجهةِ والجسميةِ وغيرِها ، وسلبُ المشاركِ في الكمالِ ، وهو سَلْبُ الشريكِ ، وهو الوحدانيةُ ، فاعلمِ الفرقَ بَيْنَهُما .

1709 - (القسم الرابع) : من صفاتِ اللهِ تعالى الصفاتُ الفعليةُ كقوله : وخلقِ اللهِ ورزقِ اللهِ ، وعطاء الله ، وإحسانِ اللهِ ، ونحو ذلك مما يَصْدُرُ عن قدرةِ اللهِ تعالى فالحلفُ بهذهِ الصفاتِ مَنْهِيٌ عنهُ ، ولا يُوجِبُ كفارةً إذا حَنَثَ .

وهاهنا خمسُ مسائل :

1710 - (المسألة الأولى) : قال ابنُ يونس [5] قال : « أصحابنًا : معاذ الله ليستْ يمينًا ، إلا أن يريدَ اليمينَ ، وقيلَ : معاذ الله وحاشا الله ليستا بيمينِ مُطْلقًا ؛ لأن المعاذ من العوذ ومحاشاة الله تعالى التبرئةُ إليه فهما فعلان محدثانِ يريد إلا أن يريدَ اليمين ، وقيل [6] : إن لفظ ، معاذ

---

(1) ساقطة من (ك) .

(2) في (ص ، ك) : [الفقيه أن يعتمد عليه] .

(3) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله صحيح غير ما قاله في الحلم إنه تأخير العقوبة فإن هذا عندي فيه نظر والأقرب أن الحلم ترك المحاسبة والمعاقبة والعفو ترك المعاقبة ، والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (45/3) .

(4) ساقطة من (ك) .

(5) ابن يونس : أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي ، الإمام ، الحافظ ، النظار ، أحد العلماء وأئمة الترجيح الأخيار ، الملازم للجهاد ، أكثر من النقل عن أبي عمران الفاسي وحدث عن أبي الحسن القاسي ، ألف كتابًا في الفرائض ، وكتابًا حافلًا للمدونة أضاف إليها غيرها من الأمهات ، توفي في ربيع الأول سنة (451 هـ) . انظر : شجرة النور الزكية ص 111 .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

الله ، كنايةٌ يحتملُ أن يريدَ بها ذات الله تعالى وصفاته العلى فإن معادًا من العود وهو اسم مكان من العود ، والله تعالى يَعُودُ إليه الأمرُ كُلُّهُ لقوله تعالى ﴿ وَإِلَيْهِ يُرْجَعُ ٱلْأَمْرُ كُلُّهُۥ ﴾ [هود : 123] فإطلاق لفظ المكان [على الله] [1] تعالى من المعاد ، والمرجع مجازٌ ، والمجاز يفتقر إلى نية ، فهو [2] كنايةٌ إذا أريد بها المجاز كان حَلِفًا بقديمٍ ، وهو وجودُ الله تعالى ، وإن لم تكن له نية كان منصرفا لحقيقته وهو المكان [3] الحقيقيّ ، فيكونُ حلفًا بمحدثٍ ، فلا يلزمُ به شيءٌ ، ثم إذا أراد به الحلفَ فلا يخلُو إما أن ينصبَه أو يرفعه أو يخفضه ، فإن نصبه كان التقديرُ ألزم نفسي معاد اللهِ ، ويكونُ الإلزامُ هاهنا إلزامًا حقِيقِيًا [4] لموجبِ اليمينِ وهوَ الكفارةُ ، ولابد في ذلكِ من نيةٍ أو عرفٍ كَمَا تَقَدَّمَ في قولِه : عليّ عهدُ اللهِ وكفالةُ اللهِ ، ونحوه [5] ، فلابُدَّ من هاتينِ النيتينِ ، وأما إن رَفَعَ فتقديرُه معادُ اللّه قسمِي ، فيكونُ جملةً إسميةً خبريةً استعملتْ في الإنشاءِ للقسم بِها [6] إما بالنيةِ أو بالعرفِ [7] الموجبِ لنقل الخبرِ من أصلِهِ اللغوِي إلي الإنشاءِ ، وإن لَمْ يَنْوِ لم يَلْزَمُ بِهِ شَيءٌ ، فإنَّ كلَّ قَسَم لابد فيه مِن فمتى عُدِمَ الإنشاءُ لم يكن قَسَمًا ؛ لأن الخبرَ بما هو خَبَرٌ لا يُوجِبُ كفارةً ولا هُوَ قَسَمٌ ، وكذلك إذا قلت : أقسمُ باللهِ لقدْ قَامَ زيدٌ ، هو جملةٌ إنشائيةٌ ، ولذلك لا تحتملُ التصديقَ والتكذيبَ ، وإن [8] خَفَضَ كان على حذفِ حرفِ الجرِ من القسمِ كقولهم : اللهِ [9] بالخفضِ ، ولابد أيضًا من نيةِ الإنشاءِ أو عرفٍ يقتضي ذلك [10] .

وأما حاشَا للهِ فمعناهُ براءةٌ لله [11] أي براءةٌ مِنا للهِ تعالى [12] ويحتمل هذا أيضًا أن يكون كنايةً ، وأن يرادَ بِهِ الكلامُ القديمُ ، وتصحُّ إضافتُه إليه تعالى باللّام ، فإن اللهَ تعالى

---

(1) في (ص) و (ك) : [عليه] .
(2) في (ط) : [فهي] .
(3) في (ط) : [المعاد] .
(4) ساقطة من (ص ، ك) .
(5) في (ك) : [نحو ذلك] .
(6) ساقطة من (ص ، ك) .
(7) في (ص ، ك) : [العرف] .
(8) ساقطة من (ص ، ك) .
(9) في (ط) : [لله] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(10) قال البقوري : قلت : وذكره هنا أن معاذ من العوذ لا أدري هل يريد معاذ المعجم أو غيره ؛ فإن كان أراد المعجم فباطل أنه من العود الذي هو الرجوع ، والأقرب للفصل أنه أراد المعجم . وقال سيبويه في معاذ المعجم كأنه حيث قال : معاذ الله قال عياذًا بالله ، وعياذًا تنصب على أعوذ بالله عياذا ، ولكنهم لم يظهروا الفعل هنا وإن كان هكذا فالرفع في معاذ الله المذكور لا يصح لأنه مما التزمت العرب فيه النصب . وأما الخفض فلا يجوز بحال كان المعجم أو غيره لأن حذف حرف الجر الذي هو حرف القسم وخفض المقسم به إنما يكون في الاسم الكريم اسم الجلالة فقط . انظر : ترتيب الفروق واختصارها (457/1) .
(11) في (ص ، ك) : [الله] .
(12) زيادة من (ص ، ك) .

ينزه نفسه بكلامه النفساني ، وذلك [1] التبري قديمٌ وهوَ للهِ تعالى فتمكنُ إضافتُه إليه تعالى باللامِ [2] ، فإن وُجِدَتْ نيةٌ لذلك رتبة [3] أُخْرَى في القسم به أو عرف يقوم مقامها [4] وجبت الكفارةُ ، وإن لم يوجد ذلك لم تَجِبِ الكفارةَ ، فهو كنايةٌ كما مر في مثل معاد الله ، مع أن ابنَ يونُسَ لم ينقلْ إيجابَ الكفارة مع النية إلا في معاد خاصة .

1711 - المسألة الثانية : هاهنا ألفاظٌ اختلف في مدلولِها هل هُوَ قديمٌ فيجوزُ الحلفُ بِهِ وتلزمُ به الكفارةُ ، أو هو محدثٌ فلا يجوزُ الحلفُ به ولا تلزم به كفارة [5] تخريجًا على قواعدهم ، وهذه الألفاظ هي : غضبُ اللهِ تعالى [6] ورحمتُه ورضاه ومحبتُه ومقتُه كقوله تعالى : ﴿ كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ [الصف : 3] ، وكذلك بغضه في قوله عليه الصلاة والسلام [7] « أبغضُ الحلالِ [8] إلى الله الطلاق » [9] ، « وإن اللهَ ليبغضُ الحبرَ السمين » [10] ، وكذلك رأفته في قوله تعالى الرءوف الرحيم ونحو ذلك من هذه الألفاظ التي حقائقها لا تتصور إلا في البشر والأمزجة والمخلوقات ، ولما استحالت حقائقها على الله تعالى وتعين حملها على المجاز فاختلف العلماء في المجاز المراد بها [11] .

1712 - وقال [12] الشيخُ أبو الحسنِ الأشعري [13] [ﷺ] [14] : المرادُ بهذه الأمورِ إرادةُ

---

(1) في (ص ، ك) : [كذلك] .

(2) في (ك) : [لله بالإلزام] وفي (ص) : [لله تعالى بالإلزام] .

(3) في (ص ، ك) : [نية] .

(4) في (ص ، ك) : [مقامهما] .

(5) في (ط) : [الكفارة] .

(6) ساقطة في (ط) . و (ك) .

(7) في (ص ، ك) : [ﷺ] .

(8) في (ط) : [المباح] والحديث بلفظ [الحلال] .

(9) أخرجه : أبو داود (طلاق) (1863) ، ابن ماجة (طلاق) (2008) .

(10) أخرجه الزبيدي في إتحاف السادة المتقين (388/7) الواحدي في أسباب النزول بلفظ : « إن اللّه يبغض الحبر السمين » ، عن طاوس مرسلًا .

(11) قلت ما قاله من امتناع حقائقها على الله تعالى إنما ذلك بناء على تفسيرها بما يمتنع عليه كتفسيرهم الرحمة بالرقة والمحبة بالميل وفي ذلك نظر للكلام فيه مجال لكن على تسليم امتناع تلك الحقائق لابد من الصرف إلى المجاز كما قال العلماء والله أعلم . انظر : ابن الشاط : بهامش الفروق (46/3) .

(12) في (ص ، ك) : [قال] .

(13) أبو الحسن الأشعري : هو علي بن إسماعيل بن إسحاق بن سالم بن إسماعيل بن عبد الله بن موسى بن بلال بن أبي بردة عامر بن أبي موسى الأشعري صاحب الأصول ، الإمام الكبير ، وإليه تنسب الطائفة الأشعرية وأبو بكر الباقلاني ناصر مذهبه ، قال مسعود بن شيبة ، في كتاب « التعليم » كان حنفي المذهب ، معتزلي الكلام ، لأنه كان ربيب أبي الجبائي ، وهو الذي رباه وعلمه الكلام . كان مولده سنة سبعين ، وقيل : ستين ومائتين ، بالبصرة مات سنة نيف وثلاثين وثلاثمائة ، وقيل سنة أربع وعشرين وثلاثمائة ببغداد ودفن بين الكرخ وباب البصرة ترجمته الجواهر المضيئة ص 455 .

(14) ساقطة من (ك) .

الإحسانِ لمن وُصِفَ بذلك من الخَلقِ في صفةِ الرحمةِ ونحوها ، وإرادةُ العقوبةِ لمن وُصِفَ بذلك من الخلق في لفظ الغضب ونحوه . وقال القاضي أبو بكر [الباقلاني [1]][2] [ﷺ][3] المرادُ بذلك أنَّ اللهَ تَعالى يُعَامِلُهُمَ معاملةَ الراحمِ والغضبانِ ، فيكونُ المراد في الأولِ الإحسانَ نفسَه ، وفي الثاني العقابَ نَفْسَه ، فغضبُ الله تعالى [4] عندَ الشيخ إرادتُه العقابِ ، وعند القاضي العقابُ ، وكذلك الرحمةُ هَلْ هي إرادةُ الإحسانِ أو الإحسان نفسه ؟ ورضاهُ تعالى [5] إرادةُ الإحسانُ ، أو يعاملهم معاملة الراضي فيحسن إليهم أي يفعلُ بهم ذلك ، ومحبتُه إرادةُ الإحسانِ في قوله تعالى [6] ، ﴿ يُحِبُّهُمْ وَيُحِبُّونَهُۥٓ ﴾ [المائدة : 54] أو الإحسانُ نفسُه ، وكذلك بقيةُ هذه الألفاظِ تتخرجُ على هذين المذهبين ، وقد وَرَدَ الرضا بمعنى ثالث يرجع إلي الكلامِ القديمِ كقولِهِ تعالى ﴿ وَلَا يَرْضَىٰ لِعِبَادِهِ ٱلْكُفْرَ ﴾ [الزمر : 7] أي لا يَشْرعُهُ دِينًا للعبادِ [7] وشرعُه تعالى كَلَامُه [8] القديمُ [9] ، وفي القرآنِ مَوَاضِعُ يَتَعَيَّنُ فيها مذهب الشيخ ومواضع يتعين فيها مذهب القاضي ، ومواضع تحتمل المذهبين ، فالأول كقوله تعالى : ﴿ رَبَّنَا وَسِعْتَ كُلَّ شَيْءٍ رَّحْمَةً وَعِلْمًا ﴾ [غافر : 7] فهذا ظاهر في الإرادة ؛ لأن الوسع عبارة عن عموم التعلق [10] ، ويدل على ذلك أيضًا [11] اقترانها بالعلم ، وأن وسع الرحمة كوسع [12] العلم ، وهذا

---

(1) في (ص ، ك) : [ابن الباقلاني] .

(2) أبو بكر الباقلاني : هو محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن القاسم البصري الباقلاني ، ثم البغدادي ، المعروف بالباقلاني ، متكلم على مذهب الأشعري ، ولد بالبصرة وسكن بغداد ، وسمع بها الحديث ، رد على المعتزلة والشيعة والخوارج والجهمية وغيرهم ، من تصانيفه : تمهيد الأوائل وتلخيص الدلائل ، متاعب الأئمة ونقض المطاعن على سلف الأمة ، إعجاز القرآن ، وغيرها ، كان يضرب المثل بفهمه وذكائه .
سمع أبا بكر أحمد بن جعفر القطعيى ، وأبا محمد بن ماسي وطائفة ، وخرج له أبو الفتح بن أبي الفوارسي . توفي سنة (403 هـ) .
انظر : سير أعلام النبلاء 114/13 وما بعدها ، معجم المؤلفين 373/3 ، شجرة النور الزكية ص 92 .

(3) ساقطة من (ك) .
(4) ساقطة من (ك) .

(5) في (ص ، ك) : [ﷻ] .
(6) في (ك) : [ﷻ] .
(7) زيادة من (ك) .

(8) قال ابن الشاط : قلت : ليس شرع الله تعالى كلامه بل شرعه مقتضى كلامه وهو الأحكام وهي التي يلحقها النسخ إلى بدل وإلى غير بدل ، وكلام الله تعالى الذي هو صفة ذاته لا يصح نسخه لا لبدل ولا لغير بدل فالأظهر أن قوله تعالى ﴿ وَلَا يَرْضَىٰ لِعِبَادِهِ ٱلْكُفْرَ ﴾ ليس راجعًا إلى الكلام القديم والله أعلم انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (48/3) .
(9) ساقطة من (ص ، ك) .

(10) في (ص ، ك) : [التعليق] .
(11) في (ص ، ك) : [أيضا على ذلك] .

(12) في (ص ، ك) : [لوسع] .

ظاهر في الإرادة [1] ، وأما ما يتعين فيه مذهب القاضي فقوله تعالى : ﴿ هَٰذَا رَحْمَةٌ مِّن رَّبِّي ﴾ [الكهف : 98] إشارة إلى السد ، وهو إحسانٌ مِنَ اللّهِ تعالى ، لاَ إرادة اللّهِ تعالى [2] القديمة [3] ، وأما ما يَحْتَمِلُ الأمرين فقوله تعالى ﴿ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ۝ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ ﴾ [الفاتحة : 1 ، 2] يحتمل في الرحمن الرحيم أنه يريد الإحسان أو الإحسان نفسه يحتمل المذهبين لعدم القرينة ، ومذهب الشيخ أقرب من مذهب القاضي [ﷺ] [4] وسبب ذلك أن الرحمة التي وضع اللفظ بإزائها وهو حقيقة فيها هي رقة الطبع ، وإذا رق طبعك على إنسان [5] فإن هذه الرقة في القلب يلزمها أمران :

1713 - أحدهما : إرادة الإحسان إليه .

1714 - والثاني : الإحسانُ نفسهُ ، فهما لازمان للرقةِ التي هيَ حقيقةُ اللفظِ ، والتعبيرُ بلفظِ الملزومِ عن اللازمِ مجازٌ عرفي شائعٌ ، فلذلك تَجُوَّزَ العلماءُ إليها ، غيرَ أنَّ إرَادَةَ الإحسانِ إلزامٌ للرقةِ ، فإن كُلَّ مَنْ رَحمتَهُ وأحْسَنْتَ إليه فقد أردْتَ الإحسانَ إليه ، وقد تريدُ الإحسانَ وتقصُرُ قدرتُك عنِ الإحسانِ إليه ، فالإرادةُ أكثرُ لزومًا للرقةِ وإذا قَوِيَتِ العلاقةُ كَانَ مجازها أرجحَ ، فمجازُ الشيخِ أرجحُ لأنهُ الإرادةُ ، فإنْ قُلْنَا بمذهبِ الشيخِ كانت هذه الأمورُ قديمةً يجوزُ الحلفُ بها ، ويلزمُ بها الكفارةُ ، أو عَلَى مذهبِ القاضِي كانت محدثةً لا يلزُم بها كفارةٌ ويُنْهَى عَن الحَلِفِ بِهَا .

1715 - المسألة الثالثة : قال ابن يونسَ : الحالفُ برضى اللّه تعالى [6] ورحمتِه وسخطِه عليه كفارةٌ واحدةٌ ، يعني لأنه [7] كرر الحلفَ بصفةٍ واحدةٍ ، وهي الإرادة فتجبُ كفارةٌ واحدةٌ ، وهذا يدلُّ على أنَّ الفتياَ بطريقةِ [8] الشيخِ أبي الحسن في حَملِ هذه الأمورِ على الإرادةِ ، وأنه

---

(1) قال ابن الشاط : قلت : ليس كلامه هنا بصحيح فإنه قال هذا من المواضع التي يتعين فيها مذهب الشيخ أبي الحسن ، وقال : إنه ظاهر في الإرادة والظاهر لا يتعين إلا حيث يسوغ استعمال الظواهر وذلك في الأحكام الشرعية وليس هذا منها وقال : إن وسع الرحمة كوسع العلم بعد تفسير الوسع بعموم التعلق وليس تعلق الإرادة كتعلق العلم فإن العلم يتعلق بالواجب والجائز والمحال والإرادة لا تتعلق بالجائز انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (48/3) .

(2) ساقطة من (ك) .

(3) قال ابن الشاط : قلت : وكلامه هنا أيضًا ليس بالجيد ، فإن الموضع محتمل وإن كان ظاهرًا فيما قاله فأين تعين مذهب القاضي مع قيام الاحتمال . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (49/3) .

(4) في (ك) : [ﷻ] .

(5) في (ك) : [إحسان] .

(6) ساقطة من (ك) .

(7) في (ص ، ك) : [لا] .

(8) في (ط) : [على طريقة] .

إذا جَمَعَ بين عشرةٍ أو أكثر من هذهِ الأمورِ لا تجبُ إلا كفارةٌ واحدة ، بخلاف قوله : وَعِلم اللّهِ ، وقدرةِ اللّهِ ، وإرادة اللّه ، وعزة اللّهِ ، فإنه يُخْتَلَفُ فِيهِ ، هل تتعددُ عليه الكفارةُ لتعددِ [1] الصفاتِ المحلوفِ بها أو تتحدُ الكفارةُ بناءً عَلَى أن قاعدةَ الأيمانِ التأكيدُ حتى يُرِيدَ الإنشاءَ ، بخلافِ تكريرِ [2] الطلاقِ الأصلُ فيه الإنشاءُ حتى يُرِيدَ التأكيدَ ، أو قاعدة الجميع الإنشاء حتى يريدَ التأكيدَ ، وهذا هو الأنظرُ ، والأولُ هو المشهورُ [3] في المذهب .

1716 - واعلمْ أن الفتيا بإلزامِ الكفارةِ في هذه الألفاظِ على ما نقله ابن يونُسَ إن لم يقيد بأنه نَوىَ إرادةَ الطلاقِ [4] فَهُوَ مَشْكِلٌ ، فإن اللفظَ حقيقةٌ في أمورٍ محدثةٍ لا تُوجِبُ كفارةً ، وإنما حملت على هذه الإرادةِ القديمةِ مَجَازًا ، ولم تشتهر في الإرادةِ حَتَّى صَارَتْ حقيقةً [عرفيةً] [5] في الإرادةِ ، بَل [6] مَجَازٌ خَفِيٌ دلَّ الدليلُ عندَ الشيخِ أبي الحسنِ على أنهُ المراد باللفظِ ، والقاعدةُ أن الألفاظَ لا تنصرفُ لمجازاتِها [الحقيقة] [7] الخفية إلا بالنية ، وأن اللفظ لا يزيل منصرفًا إلي [الحقيقة] [8] اللغويةِ دون مجازهِ المرجوحِ حتى تَصْرِفَهُ نيةُ [المجازِ] [9] المرجوح ، فإلزامُ الكفارةِ بمجردِ هذه الألفاظِ من غيرِ نيةِ خلافُ القواعدِ ، بل ينبغي أن يقالَ : إن أرادَ بهذه [10] الألفاظِ صفة قديمة لزمته الكفارة وإلا فلا [11] .

1717 - **المسألة الرابعة** : إذا قيلَ لك : رحمةُ اللّه تعالى [12] وغضبُه قائمان بذاتِهِ أم لا ؟ وهل هما واجبا الوجودِ أم لا ؟ وهل كانا في الأزلِ أم لاَ ؟ ونحو ذلك من الأسئلةِ فَخَرِّجْ جَوَابَكَ في جميعِ هذهِ الأسئلةِ في جميعِ هذهِ الألفاظِ عَلَى مذهبِ الشيخِ أبي الحسن وعَلَى مذهبِ القاضِي ، فعلى مذهبِ الشيخ تَقُولَ : قائمانِ بذاتِه واجبَا الوجودِ

---

(1) في (ط) : [لتغاير] . (2) في (ص ، ك) : [تتكرر] .

(3) في (ص ، ك) : [الأشهر] .

(4) في (ط) : [اللّه تعالى] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [صريحة] . (6) في (ص ، ك) : [مثل] .

(7) زائدة في (ك) . (8) في (ك) : [حقيقة] .

(9) ساقطة من (ك) . (10) في (ط) : [أن بهذه] .

(11) قال ابن الشاط : قلت : لا إشكال في ذلك فإن اللفظ وإن سلم إنه حقيقة في أمور محدثة مجاز غير غالب في الصفة القديمة فقرينة الحلف به كافية في حمله على المجاز واللّه تعالى أعلم .

انظر : ابن الشاط بهامش الفرق (50/3) .

(12) زيادة من (ص) .

أزليّانِ وصفتانِ للّه تعالى ، وعلى مذهب القاضي تقول : لَيسَا قائمين بذاتِهِ بل [1] ممكنَانَ مَخْلوقَانِ حَادِثَانِ لَيسَا بأزليين [2] ، وكذلك جميعُ ما يرد من هذِه الأسئلةِ في جميعِ [3] هذه الألفاظِ [4] .

1718 - المسألة الخامسة : مقتضى ما قاله مالكٌ [رَحِمَهُ اللَّهُ] [5] في قولِه : « عَلَيّ ميثاقُ اللّهِ وكفالتهُ أنه يوجبُ الكفارةَ » [6] أَنَّهُ إذا قالَ هاهنا : عليّ رزقُ اللّهِ أو خلقه أن تجبَ عليه الكفارةُ [7] ، فإن المدرك هنالك إن كان هو أن العرفَ نقلها لنذرِ الكفارة في زمانِه ﷺ ، فصارَ النطقُ [8] بهذه العبارةِ نَذرًا للكفارةِ فتلزمُه بالنذرِ لا بالحلفِ ؛ لأنه هُوَ [9] مُقْتَضَى لفظِ عَلَيّ فإنها لا تستعملَ إلا في النِذر ونحوه ، وليست من حروفِ القسم إجماعًا ، بل من حروفِ اللزومِ والنذر ، كقوله [10] : « لله عليّ صومُ يوم ، وصدقةُ دينارٍ » ، ونحو ذلك [11] ، فكذلك يلزمُه هنا [12] إذا وجد عرف في رزقِ اللّه وخَلْقِه ، وأنه صَارَ قولهُ : « عليّ رزقُ اللّهِ » أنهُ نذر أَنْ يتصدق بشيءٍ من رزقِ اللّهِ تعالى ، أو ببعضِ خلقِه من نباتٍ أو جمادٍ أو حيوانٍ مِما يسوغُ التصدقُ بِهِ كالبقرةِ والغنمِ ونحوهما ، وأَن يَسَوّيَ بين المسألتين [13] إن وجد العرفُ الموجبُ لنقلهما للنذرِ لزم ، وإن لم يوجدِ العرفُ الناقلُ

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2) في (ك) : [بأزليين] .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) قال ابن الشاط : قلت : ليس ما قاله فيما إذا وقع التخريج على مذهب الشيخ أبي الحسن بمستقيم لقوله : تقول قائمان بذاته واجبا الوجود أزليان ؛ لأن الرحمة علي مذهب الشيخ أبي الحسن إرادة الثواب والغضب إرادة العقاب والإرادة واحدة لا تتعدد بتعدد متعلقها كإرادتنا واللّه أعلم انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 50/3 .
(5) ساقطة من (ك) .
(6) انظر : المدونة الكبرى 30/2 .
(7) قال ابن الشاط : قلت : ليس ما قاله عندي بصواب لأنه إذا قال علي ميثاق اللّه فمقتضاه علي يمين فتلزمه كفارة يمين وإذا قال علي رزق اللّه فلا شيء عليه إلا أن ينوي بذلك الكفارة والفرق بينهما أن الميثاق ونحوه جرى العرف بأن المراد به اليمين ورزق اللّه ونحوه لم يجر عرف بذلك وليس قول القائل علي رزق اللّه كقوله علي صوم يوم لأن رزق اللّه ليس اسما لطاعته فيلزم نذرها وصوم يوم اسم انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 50/3 .
(8) في (ص ، ك) : [الناطق] .
(9) ساقطة من (ك) .
(10) في (ك) : [لقوله] .
(11) قال ابن الشاط : قلت : ما تأوله من أن قول القائل علي ميثاق اللّه جرى فيه عرف بنذر الكفارة مجرد توهم لا حجة عليه وليس عندي كما توهم بل قول القائل علي ميثاق اللّه جري فليه العرف بأن المراد به اليمين التي شرعها اللّه تعالى وجعلها ميثاقًا بين عباده فلزوم الكفارة ليس بنذر الكفارة بل بالتزام اليمين انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (51/3) .
(12) في (ص ، ك) : [يلزم هاهنا] .
(13) في (ص) و (ك) : [المسلمين] .

للنذرِ لم يلزم ، وكذلك إذا [1] وُجِدَ عرفٌ يُوجِبُ النقلَ لنذرِ غيرِ الكفارةِ يجبُ ذلك المعنىَ الذي نَقَلَ العرفُ اللفظَ إليه فيجبُ ، ولا تجبُ الكفارةُ ، بل يدورُ مع العرف كَيفمَا دار ، وإن كان المدرك النية فتصح أيضًا في خلقِ اللّه تعالى [2] ورزقِه أن ينوي بهما إرادةَ الخلق [3] وإرادةَ الرزقِ الإرادةُ القديمةُ فتجبُ الكفارة [4] إنّ كَانَ نوى الحلفَ أو النذرَ [5] إن كَاَنَ نوى بعضَ المندوباتِ من الأفعالِ ، وعلى كل تقدير فالمسألتان سواء .

1719 - واعلم أنه إذا كان المدركُ العرفَ الناقلَ فلابد من النقلِ [6] في لفظه علي إلى القسمِ ، فتكونُ بمعنى الباءِ والواوِ وحروفِ القسمِ فتجبُ الكفارةُ ، وتكونُ يمينًا ، أو يقعُ النقلُ في أمانةِ اللّه وميثاقِه ، ويكون قد عَبَّرَ بهما عَمَّا يَلزَمُهُ بسببِ الحنث فيهما وهوَ الكفارةُ فيكونُ نذرًا للكفارةِ بلفظِ الموجِب لها نَقْلًا عرفيًا ، ويكونُ مجازًا راجحًا من بابِ التعبيرِ بالسببِ عن المسببِ ، فإنَّ الكَفَّارَةَ مسببة عن الحلف بهذه الألفاظِ ، فلابد من أحدِ هذين النقلينِ فيما قَاَلَهُ مالكٌ في قوله : « عليَّ عهدُ اللّه وميثاقُه » ، ومتى فقد النقل فلابد من النيةِ الصارفةِ للنذرِ ، أو الحلفِ بالصفةِ القديمةِ ، واستعمال عليَّ مجازًا ، ومتى فُقِدَ العرفُ والنيةُ تعين أن لا يَجِبَ بجميعِ هذهِ الألفاظِ شيءٌ البتة ، كما لو قَالَ : « عليّ علمُ اللّه ، وعليّ سمعُ اللّهِ وبصره فإن هذه الألفاظَ لا تُوجِبُ شيئًا إلا بالنية أو نقلٍ عرفي » ، [ولعلَّ الإمامَ حمل ذلك على ذلك] [7] فتأمل ذلك [8] .

1720 - **القسم الخامس** : من صفاتِ اللّهِ تعالى : الصفاتُ الجامعةُ لجميعِ ما تقدم من الأقسامِ الأربعة ، وهي عزةُ اللّهِ تعالى [9] ، وجلالُه ، وعلاه ، وعظمتُه ، وكبرياؤُه ، ونحو ذلك من هذا المعنى فإنكَ تقولُ : جَلَّ بكذا أو جل عن كذا فتندرجُ في الأولى الصفاتُ الثبوتيةُ كُلُّهَا قديمةً أو [10] حادثةً ، فكما جَلَّ اللّهُ تعالى بعلمهِ وصفاتِهِ السبعة التي هي صفات ذاته تعالى جل أيضًا [11] ببدائع مصنوعاته وغرائب مخترعاته [12] ،

---

(1) في (ص ، ك) : [إن] .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3) في (ك) : [الخلق والرزق] .

(4) زيادة من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [المنذور] .

(6) في (ك) : [اللفظ النقل] .

(7) ساقطة من (ص ، ك) .

(8) زيادة من (ص ، ك) .

(9) زيادة من (ص) .

(10) في (ط) : [أو] .

(11) ساقطة من (ص ، ك) .

(12) قال ابن الشاط : قلت : هذا الكلام أقبح وفي الكفر أوضح فانه يقتضي افتقار البارئ تعالى إلى بدائع مصنوعاته وغرائب مخترعاته فيزداد كمالًا بوجودها وذلك باطل قطعًا ، بل هو الغني على الإطلاق وحائز =

ويندرج في الثاني جميعُ السلوب للنقائص ، فيصدقُ أن اللّهَ تعالى جَلَّ عن الشريكِ وعن الحيزِ والجهةِ وغيرِ ذلك مما يستحيلُ عَلَيْهِ ﷺ ، و لما كَانَ لفظُ الجلالِ والعظمةِ يحتمل جَلَّ بكذا وَجَلَّ عَنْ كَذَا ، وَعَظُمَ بكذا وَعَظُمَ عن كذا اندرجَ الجميعُ في اللفظِ عندَ الإطلاقِ ، فكانتْ هذه الصفاتُ شاملةً لجميعِ الصفاتِ الثبوتيةِ والسلبيةِ والقديمةِ والمحدثةِ ، فيكونُ الحلفُ بها يُوجبُ الكفارةَ لاشتمالها على مُوجِبٍ للكفارةِ [1] وَهُوَ الصفاتُ القديمةُ ، وغيرِ الموجب وهو الصفاتُ المحدثةُ ، وإذا اجتمعَ الموجبُ وغيرُ الموجبِ كان اللازمُ الإيجابَ عملًا بالموجبِ والقسم الآخر ، كما أنه لا يقتضي كفارةً لا يمنعُ الموجب للكفارةِ من إيجابِهِ للكفارةِ .

وهاهنا ثلاث مسائل :

1721 - المسألة الأولى : إذا قالَ القائلُ [2] : سبحان مَنْ تواضعَ كُلُّ شيء لعظمتهِ ، هل يجوزُ هذا الإطلاق أم لا ؟ فقال بعض فقهاءِ العصرِ : لا يجوزُ هذا الإطلاقُ ؛ لأن عظمةَ اللّه تعالى صفتهُ ، والتواضعُ للصفةِ عبادةٌ لها [3] ، [وعبادةُ الصفة] [4] كفر ، بل لا يعبد إلا اللّه تعالى ، ولو عَبَدَ عابدٌ علمَ اللّهِ تعالى أو إرادتَه أو غيرَ ذلك من صفاتِه كَفَرَ ، بل المعبودُ واحدٌ ، وهو ذاتُ اللّهِ تعالى ، وهو الذاتُ الموصوفةُ بصفاتِ الجلالِ ونعوتِ الكمالِ ، و [5] المراد بالعبارتين واحد .

1722 - وقال قومٌ : يجوزُ هذا الإطلاقُ وهوَ الصحيحُ [6] ، وعظمةُ اللّهِ تعالى هي المجموعُ من الذاتِ والصفاتِ ، و [هذا المجموع هو المعبود] [7] وهو الإلهُ ، وهو الذي يجبُ توحيدُه وتوحُّدُه [8] ولا ثاني له ، وهو الذي يجبُ التواضعُ له [9] ، كما تقول :

= غاية الكمال بالاستحقاق قبل ابتداع المبتدعات واختراع المخترعات حتى إنه لو لم يبتدع المبتدعات ولم يخترع المخترعات لما كان ذلك نقصًا في كماله ولا غضًّا من جلاله ولا حطًّا عن رتبة انفراده بالعظمة والكبرياء واستقلاله وما ذلك الكلام إلا كلام من لم يحصل على الكلام بل علم الاعتقاد على وجه الصواب والسداد ولله الحمد على ما من به من الهدى والإرشاد انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (53/3) .

(1) في (ص ، ك) : [موجب الكفارة] .

(2) في (ك) : [الإنسان] .

(3) ساقطة من (ك) .

(4) في (ك) : [العبادة للصفة] .

(5) ساقطة من (ص) و (ك) .

(6) قال ابن الشاط : وقول ذلك الفقيه العصري أن التواضع عبادة ليس بصحيح ، وهو دعوى عرية من الحجة فلا اعتبار بقوله . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (53/3) .

(7) في (ك) : [هذا المعبود هو المجموع] .

(8) ساقطة من (ص ، ك) .

(9) قال ابن الشاط : قلت : ليس ما قاله هنا بصحيح فإن العظمة ليست مجموع الذات والصفات بل هي =

عظمةُ الملك جيشُه وأموالُه وأقاليمُه التي استولَى عليها وَسَطوتُهُ ، وغير ذلك مما وقعت به العظمة في دولته [1] ، كذلك عظمةُ اللّه تعالى هي [2] هذه الأمورُ كُلُّها مع ذاتِه تعالى ، فهي أيضًا من مُوجِبَاتِ عظمته [3] ، فإنْ [4] أرادَ هذا المطلِقُ هذا المعنى أو لم تكن له نيةٌ فلا شيءَ عليه [5] ، وإن أرادَ صفةً واحدةً من صِفَاتِ اللّهِ تعالى [6] وأنها حَصَلَ التواضُعُ لها وهو العبادةُ امتنعَ ، وربما كَانَ كفرًا وهُوَ الظّاهِرَ ، وإن أرادَ بالتواضعِ غيرَ العبادةِ وهو القهرُ والانقيادُ لإرادةِ اللّهِ تعالى وقضائهِ [وقدره] [7] وقدرتهِ فهذا أيضًا مَعَنى صَحِيحٌ ، فإنَّ جَميعَ العالمِ مقهورٌ بقدرةِ اللّهِ تعالى وقدرِه ، فالتواضُع بهذا التفسيرِ أيضًا سائغٌ لا مَحْذُورَ فِيهِ ، بل يجبُ اعتقادُه ، فهذا تَلْخِيصُ الحقِ في هذهِ المسألة والفتيا [8] فيها .

1723 - المسألة الثانية : قال عبدُ الحق في تهذيبِ الطالبِ : الحالفُ بعزةِ اللّه تعالى [9] وعظمتِه و [جلالِ اللّهِ عليه] [10] كفارةٌ واحدة ، وهو متجهٌ في إيجابِ الكفارة واتحادِها لا [11] في الجوازِ وعدمِ النهي ، مع أنه لم يَتَعرَّضْ لعدمِ النهيِ بل للزومِ الكفارةِ ، أما لزومُ الكفارةِ فلما تقدم من أنَّ هذه الألفاظَ مشتملةٌ على الموجبِ وَعَلَى [12] غَيْرِ الموجبِ ، فتجبُ ، وأما اتحادُها فلأنَّ العظمةَ والجلالَ والعلَا ونحو ذلك هُوَ المجموعُ ،

= مجموع الصفات على ما سبق من تقريره وهو ذلك قبل هذا ، وعلى تسليم أن تكون العظمة مجموع الذات الصفات فليس المجموع هو المعبود بل المعبود مجموع الموصوف والصفات مضاه لقول النصارى في الأقاليم وهو باطل لا شك في بطلانه ، وكلامه هنا كلام من لم يحقق مباحث هذا العلم على وجه الصواب . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (54/3) .

(1) قال ابن الشاط : قلت : لا يسوغ مثل هذا التمثيل فإن الملك مفتقر على الإطلاق واللّه تعالى مستغن على الإطلاق فكيف يصح التمثيل ؟! . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (54/3) .

(2) في (ص ، ك) : [هو] .

(3) قال ابن الشاط : قلت : هذا كلام غث لا يصدر إلا عن جهل بهذا العلم وكيف يصح أن تكون الذات من موجبات العظمة ، والعظمة مجموع الذات والصفات فالذات على هذا موجبة للذات ، وكيف يكون الشيء الواحد موجبا وموجبا هذا كله تخليط فاحش . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (54/3) .

(4) في (ص ، ك) : [فإذا] .

(5) قال ابن الشاط : قلت : بل عليه شيء وهو أنه مخطئ في ذلك حيث اعتقد أن الذات من مقتضيات العظمة . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (54/3) .

(6) ساقطة من (ك) .

(7) ساقطة من (ك) .

(8) في (ص) ، (ك) : [الفتوى] .

(9) ساقطة من (ص) و (ك) .

(10) في (ك) : [جلاله عليه] ، وفي (ص) [وجلال اللّه علي] .

(11) في (ص ، ك) : [إلا] .

(12) ساقطة من (ص ، ك) .

والمجموعُ واحدٌ ، فتعددت الألفاظُ ، واتحدَ المعنى فاتحدت الكفارةُ ، وأما أنه دخل فيه النهيُ فلاندراجِ المحدثاتِ فيه كما تقدم بيانه ، فيكونُ قد حَلَف بقديمٍ [1] ومحدثٍ ففعلَ مأمورًا به ومنهيًّا عنه ، ومَنْ فعل مأمورًا به ومنهيًّا عنه فقد ارتكبَ المنهيَّ عنهُ وهو ظاهرٌ ، إلا أن ينوي الحالفُ بهذهِ الألفاظِ القديمَ وحدَه فلا نهي حينئذ ، أو يكون هناك عرف اقتضى تخصيصَ [2] هذهِ الألفاظِ بالقديمِ خاصةً فلا نهي حينئذ ، أما مجردُ اللفظِ اللغوي فَمُوجِبٌ لاندراجِ المحدثِ مع القديمِ [3] .

1724 - المسألة الثالثة : أن هذه الصفاتِ تارةً تكونُ بلفظِ التذكيرِ كقولنا : وجلالِ اللّهِ وعلاء اللّه ، وتارةً تكون بلفظ التأنيثِ كقولنا : وعزةِ اللّه تعالى [4] وعظمةِ اللّه تعالى [5] ، فأما لفظُ التذكيرِ فلا كَلَامَ فيه هاهنا ، وأما لفظُ التأنيثِ بالهاءِ فإنه مشعرٌ بشيء واحد مما يَصْدُقُ عليهِ ، ولذلك تَفْرِقُ العربُ بين قولِ القائلِ : عَزَّ زيدٌ عِزًّا ، وعز عزة ، فالأولُ يحتملُ جميعَ أنواعِ العزِ مفردةً ومجموعةً ، فإذا وجدت الإضافة أو الألف واللام الموجبتين للعُمُوم [6] كان العمومُ في جميعِ أفرادِ ذلك النوعِ ، وإن فقدت الإضَافَة والألف واللام بَقِيَ مطلقًا ، وأما اللفظُ الثاني وهو عَزَّ زيد عزةً فإنه لا يتناول لغةً إلا فردًا واحدًا من العِزة ، إما بماله ، أو بِجَاهِهِ ، أو بسَطْوتِه ، أو بغيرِ ذلك من أَسْبَابِ العزةِ ، وإذا كان موضوعُه لغةً فردًا واحدًا من العزةِ وأُضيفت [7] إلى اللّه تعالى لم يتعينِ العمومُ فِيهِ فاحتمل المحدث فإنَّ العزةَ تصدقُ بالمحدثِ أيضًا مِن جهةِ أن العزيزَ هو الذي امتنع من نيل المكاره ، والعزيزُ أيضًا هُوَ الذي لا نَظِيرَ له ، وقد ذَكَرَ العلماءُ المعنيين في تفسيرِ اسمه تعالى « العزيزِ » ، ولا شكَّ أنه تعالى لا نظيرَ له في مبتدعاتهِ ومخلوقاتهِ ، فإن كانتِ العزة من هذه الجهة كان فيها إشارةٌ إلى المخلوقاتِ المحدثاتِ فلا تجبُ الكفارة ، ولهذه الإشارةِ نقل صاحبُ اللبابِ في شرح الجلاب عن مالكٍ [ﷺ] [8] في الحلفِ بعزةِ اللّهِ تعالى هَلْ تُوجِبُ الكفارةَ [9] أم لا ؟ [فيه روايتان] [10] لأجْلِ التردد في لفظِ العزة ،

---

(1) في (ص) : [بقدم] .
(2) في (ص ، ك) : [إخصاص] .
(3) قال ابن الشاط : قلت : لا يندرج حادث تحت لفظ العزة ونحوه فما أشعر به كلامه بأن عبد الحق أغفل التنبيه عليه ليس الأمر كذلك فلا محذور في اليمين بعزة اللّه تعالى ونحو ذلك ، فيحق إن أعرض عن ذلك عبد الحق ، واللّه أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (55/3) .
(4) زيادة من (ص) .
(5) زيادة من (ص) .
(6) في (ط) : [العموم] والصواب ما أثبتناه .
(7) في (ص) : [وأضيف] .
(8) ساقطة من (ص) .
(9) في (ط) : [كفارة] .
(10) في (ص) : [روايتين] .

وأما لفظُ العظمةِ فإنَّ بينه وبينَ لفظِ العزةِ فرْقًا ، فإنَّ العرب تَقولُ : « عَظُم زَيْدٌ عظمة » في غالبِ استعمالِهم ، فكأنهُ هو المصدرُ المتعينُ دون « عظما » بغير تاءِ [1] التأنيثِ وأما عَزَّ عِزًّا فمشهورٌ ، ولا ينطقُ بهاءِ التأنيثِ إلا إذا قُصِدَتِ الوحدةُ نحو : ضرب ضربَة ، فلا يتناول إلا ضربَة واحدةً ، كذلك عزةَ لا يتناول إلا عزةً واحدةً ، فإذا أضيفَ لا يكونُ المضافُ [عامًّا ، بل] [2] فردًا واحدًا غيرَ معين [3] .

وقد قال الغزالي [4] في المستصفَى [5] : إن اللامَ في هذا الجنسِ لا تُفِيدَ تعميمًا ، بل إنما تفيد لام التعريف تَعْميمًا فيمَا ليْس مَحدُودًا [6] بالتاءِ نحو الرجلِ والبيعِ ، فكذلك لا تفيدُه الإضافةُ عمومًا اعتبارا بلامِ التعريفِ ، والجامعُ بينهما أنهمَا أداتًا تعريف ، فهذا بحثٌ يمكن أن يُلاَحَظ في هذا الموضعِ [7] [واللّه أعلم] [8] .

---

(1) ساقطة من (ص) .

(2) ساقطة من (ص) .

(3) في (ص) : [متعين] .

(4) هو زين الدين أبو حامد بن محمد بن أحمد الطوسي ، الشافعي ، صاحب التصانيف ، تفقه ببلده أولا ، ثم تحول إلى نيسابور في مرافقة جماعة من الطلبة ، فلازم إمام الحرمين ، فبرع في الفقه في مدة قريبة ، ومهر في الكلام والجدل حتى صار عين المناظرين ، ألف كتاب الأحياء « وكتاب الأربعين » وكتاب « الخلاصة » وكتاب « محك النظر » توفى سنة 505 هـ . سير أعلام النبلاء 320/14 .

(5) المستصفى في أصول الفقه للإمام الغزالي المتوفى سنة 505 هـ قال فيه قد صنفت في فروع الفقه وأصوله كتبا كثيرة ثم أقبلت بعده على علم طريق الآخرة اختصره أبو العباس الأشبيلي توفي 651 هـ ، وشرحه أبو علي حسن بن عبد العزيز الفهري توفي 679 هـ ، وعليه تعاليق لسليمان الغرناطي توفي 639 هـ . انظر : كشف الظنون 1673/2 .

(6) في (ص) : [محددا] .

(7) انظر : المستصفى 53/2 ، 54 .

(8) ساقطة من (ص ، ك) .

الفرق السابع والعشرون والمائة

بين قاعدة ما يوجب الكفارة إذا حلف به من أسماء اللّه تعالى وبين قاعدة ما لا يوجب [1]

1725 - اعلمْ أن أسماءَ اللّهِ تعالى « تسعةٌ وتسعون اسمًا مائة إلا واحدا » [2] كَمَا [3] خَرَّجَهُ الترمذي ، وهي إما لمجردِ الذاتِ كقولِنا : اللّه [4] فإنه اسمٌ للذاتِ عَلَى الصحيحِ ، وكذلك اختارَ صَاحِبُ الكَشاف [5] أنه اسمٌ للذاتِ من حيثُ هي هي ، وهو علمٌ عَليها ، واستدل على ذلك بجريانِ النعوتِ عليه ، فتقولُ : اللّهُ الرحمنُ الرحيم .

1726 - وقيل : هو اسمٌ للذاتِ مَعَ جملةِ الصفاتِ ، فإذا قلنا : « اللّه » فقد ذكرنا جملة صفاتِ اللّهِ تعالى ، وقلنا : الذاتُ الموصوفةُ بالصفاتِ الخاصةِ ، وهذا المفهومُ الإلهُ المعبودُ ، وهو الذاتُ الموصوفةُ بصفاتِ الكمالِ ونعوتِ الجلالِ ، وهذا المعلومُ هو الذي تدعي توحده وتنزهه عن الشريكِ والمماثلةِ ، أي هذا المجموعُ يستحيلُ أن يكُونَ له مِثْلٌ ، وقد يكونُ الاسمُ موضوعًا للذاتِ مَعَ مفهومٍ زائدٍ وُجودِي قائم [بذاتِ اللّهِ] ﷻ [6] نَحْوَ قولنا : عليمٌ فإنه اسمٌ للذاتِ مَعَ العلمِ القائمِ بذاتِه تعالى ، أو وجودي مُنْفَصِل عن الذاتِ [نحو « خالق » فإنهُ اسمٌ للذاتِ مَعَ اعتبارِ الخلقِ في التسميةِ ، وَهُوَ مَفْهُومٌ وُجُودِيٌّ منفصلٌ عَن الذاتِ] [7] أو موضوعًا للذات مع مفهومٍ عدمي نحو قدوس فإنهُ اسْمٌ للذاتِ مع القدسِ الذي هُوَ التطهيرُ عَنِ النقائصِ ، والبيتُ المقَدَّسُ أي طُهِّرَ مَنْ فِيه

---

(1) قال ابن الشاط : قلت : جميع ما قاله في هذا الفرق لا بأس به ، إلا ما قاله في المسألة الثانية من أنه إذا قال باسم اللّه لأفعلن يحتمل أن يكون إضافة مخلوق إلى اللّه تعالى على كلا التقديرين في اسم من أن يكون المراد به الاسم الذي هو اللفظ أو المسمى الذي هو المعنى فلا يتعين لما يوجب الكفارة إلا بعرف أو نية ، فإن في ذلك نظرا ، فإن لقائل أن يقول فيه : عرف بأن المراد ما يوجب الكفارة واللّه أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 56/3 .

(2) أخرجه : البخاري (الشروط) (2531) ، مسلم (ذكر) (4835) ، ابن ماجة (دعاء) (3850) ، الترمذي (الدعوات) (3428) .

(3) زيادة من (ص) .

(4) في (ص) : [واللّه] .

(5) الكشاف : لجار اللّه أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري المتوفى سنة (538 هـ) .
واسم الكتاب : الكشاف عن حقائق التنزيل ، اشتهر في الآفاق واعتنى به الأئمة المحققون فمن مناقبه له فيما أتى به وجوه االإعراب ، ومن محسن وصحح ، ونقح ، واستشكل ، وأجاب ، ومن مخرج لأحاديثه عزا ، وأسند وصحح وانتقد ، ومن مختصر لخص وأوجز . مدحه الزمخشري في بيتين . كشف الظنون (1475/2 ، 1484) .

(6) في (ص) : [بذاته] .

(7) ساقطة من (ص) .

من الأنبياءِ والأولياءِ عن المعاصِي والمخالفاتِ ، أو يكونُ موضوعًا للذاتِ مَعَ نسبةٍ وإضافةٍ كالباقي فإنهُ اسمٌ للذاتِ مَعَ وصفِ البقاءِ ، وهو نسبةٌ بين الموجودِ والأزمنةِ ، فإن البقاءَ [1] استمرارٌ الوجودِ في الأزمنةِ ، وهو أعمُّ من الأبدي لصدقِ الباقي [في زمانين] [2] فأكثر ، وأما الأبديُّ فلا بُدَّ من استمرارِه مَعَ جملة الأزمنة المستقبلةِ ، كما أنَّ الأزليَّ هُوَ الذِي قارن وجودُه جميعَ الأزمنةِ الماضيةِ متوهمةً أو محققةً ، فهذه خمسةُ أقسامٍ ، ثم هي تنقسمُ بحسبِ ما يجوزُ إطلاقُه وبحسبِ ما لَا يَجُوزُ إطلاقُه إلى أربعةِ أقسامٍ ، ما وردَ السمعُ بِهِ ولا يُوهِمُ نقصًا نحو العليم فيجوزُ إطلاقُه إجماعًا في موردِ النص وفي غيره ، وما لم يَرِدِ السمعُ به ، وهوَ يُوهِمُ نقصًا فيمتنع إطلاقُه إجماعًا نحو مُتَوَاضِع ودارٍ [3] وعلاَّمة ، فإن التواضع [4] يُوهمُ الذلةَ والمهانةَ ، والدرايةَ لا تكونُ إلا بعد تقدم شكٍ ، كذا [5] نقله أبو علي [6] ، والعلامةُ من كَثُرَتْ مَعْلُومَاتُه ، واللّهُ تعالَى كذلك غير أنَّ [تاء] [7] التأنيثِ تُوهِمُ تأنيث المسمى ، والتأنيثُ نقصٌ فلا يَجُوزُ إطلاقُ شيءٍ مِنْ هَذِهِ الألفاظِ ونحوها البتة .

1727 - القسم الثالث : ما وردَ السمعُ بِهِ وهو يُوهِمُ نقصًا فيقتصر به على مَحَلِّه نحو مَاكِر ومستهزئ ، فإن المكرَ والاستهزاءَ في مجرى العادةِ سُوُء خلقٍ ، وقد وَرَدَ السمع به في قوله تعالى : ﴿ وَٱللَّهُ خَيْرُ ٱلْمَٰكِرِينَ ﴾ [آل عمران : 54] ﴿ ٱللَّهُ يَسْتَهْزِئُ بِهِمْ ﴾ [البقرة : 15] والمحسن لذلك المقابلة كقوله تعالى : ﴿ وَمَكَرُواْ وَمَكَرَ ٱللَّهُ وَٱللَّهُ خَيْرُ ٱلْمَٰكِرِينَ ﴾ [آل عمران : 54] . ﴿ قَالُوٓاْ إِنَّا مَعَكُمْ إِنَّمَا نَحْنُ مُسْتَهْزِءُونَ ۝ ٱللَّهُ يَسْتَهْزِئُ بِهِمْ ﴾ [البقرة : 14] . فحصلت المقابلةُ بين المكرَيْنِ و الاستهزائَيْنِ فَكَانَ ذلك حَسَنًا ، لأنه اللائقُ بفصاحةِ القرآنِ وبلاغتِه ، فيقتصرُ بمثلِ هذه الألفاظِ عَلَى مَوَارِدِ [8] السمعِ ، ولا يذكر في غَيْرِ هذهِ التلاوةِ فلَا نَقُولِ : [9] اللّهم امكُرْ بفلانٍ ولاَ مكرَ اللّهُ

---

(1) في (ص) : [للبقاء] . (2) في (ص) : [بزمانين] .

(3) في المطبوعة والمخطوطتين [ودراهم] وهو خطأ محض ، والصواب ما أثبتناه ، وقد اعتمدنا في إثباته على كتاب : تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ / محمد علي بن حسين (79/3) وهو مطبوع بهامش الفروق . (4) في (ص) : [المتواضع] . (5) في (ص) : [كذلك] .

(6) هو الحسين بن خضر القاضي أبو علي النسفي تفقه على أبي بكر محمد بن الفضل ، وأخذ عنه : شمس الأئمة عبد العزيز الحلواني وجعفر بن محمد النسفي ، وله الفوائد والفتاوى وكان إمام عصره ، مات سنة أربع وعشرين وأربعمائة وقال السمعاني : النسفي نسبة إلى نسف بفتح النون والسين المهملة من بلاد ما وراء النهر انظر : ترجمته في الطبقات السنية برقم 745 والفوائد البهية (66) .

(7) في (ط) : [هاء] . (8) في (ص) : [مواضع] . (9) في (ص) : [يقال] .

بِه ، ولا اللّٰهُمّ استهزئَ بفلان ولا استهزأَ اللّه بِه ، وكذلك بقيةُ هذا البابِ ، فهذه ثلاثةُ أقسامٍ لم أَعْلَمْ فِيهَا خلافًا ، وحكي في هذه الأحكام الإجماع [1] .

1728 - القسم الرابع : ما لم يرد السمعُ به وهو غيرُ مُوهِمٍ فَلَا يَجُوْزُ إطلاقُه عندَ الشيخِ أبي الحسن الأشعري ، وهو مذهبُ مالكٍ وجمهور الفقهاء ، ويجوز إطلاقه عند القاضِي أبي بكر الباقلاني [رحمهم اللّه أجمعين] [2] ، نحو قولنا : يا سيدَنا هل يجوزُ أن يُنَادَى اللّهُ تعالى بهذا الاسمِ أم لا ؟ قولان ، ومدرك الخلاف هل يُلَاحظ انتفاءُ المانعِ وهُوَ الإيهامُ ولم يُوجَدْ فيجوز ، أو نقولُ : الأصل في أسماء اللّه تعالى المنعُ إلا ما وردَ السمعُ به ، ولم يرد السمعُ فيمتنعُ وهو الصحيحُ عندَ العلماء ، فإن مخاطبة أدنى الملوك تفتقرُ إلى معرفةِ ما أذنوا فيه من تَسْمَيَتِهم ومعاملتهم حَتىَّ [3] يعلم إذنهم في ذلك فاللّهُ تعالى أولى بذلك ، ولأنها قاعدةُ الأدبِ ، والأدبُ مَعَ اللّهِ تعالى مُتَعَيِّنٌ لا سِيّما في مخاطباتِهِ ، بل ليسَ لأحدٍ أن يوقع في صلاةٍ من الصلواتِ ولا عبادةٍ من العباداتِ إلا ما عُلِمَ إذنُ اللّهِ تعالى فيه ، فمخاطبةُ اللّه تعالَى وتسميته أولى بذلك ، وقد كان الشيخ زكي الدين عبد العظيم [4] المحدثُ رحمه الله يقولُ : قَدْ [5] ورد حديثٌ في لفظِ السيد ، فعلى هذا يجوزُ إطلاقُه على المذهبين إجماعًا ، وقسْ عَلَى هَذِهِ المثل [ما أشبهها] [6] .

1729 - قال الشيخُ أبو الطاهر بن بشير : فكل ما جاز إطلاقُه جازَ الحلفُ بِهَ وأوجبَ الكفارةَ ، وما لا يجوزُ إطلاقُه لا يجوزُ الحلفُ بِهِ ، ولا يوجِبُ الحلفُ به كفارةً ، فَتَتَنزلُ الأقسامُ الأربعةُ المتقدمةُ عَلَى هذه الفتيا ، وهَاهُنَا ثلَاثُ مسائلَ .

1730 - المسألة الأولى : قال أصحابُنا : من حَلَفَ باسمِ من أسماءِ اللّهِ تعالى التي يَجُوزُ

---

(1) قال البقوري : رأيت للإمام فخر الدين الرازي في التفسير الكبير في قوله تعالى ﴿ وَمَكَرُوا۟ وَمَكَرَ ٱللَّهُ وَٱللَّهُ خَيْرُ ٱلْمَٰكِرِينَ ﴾ تفسيرًا حسنًا فسر لنا به كل ما جاء مشكلا من هذا النوع ، فقال : إن المكر في حق المخلوق هو من حيث الغاية والسبب فمن حيث السبب العجز عن أخذه جهارا قال : والمكر بالنسبة إلى اللّه تعالى هو من حيث الغاية لا من حيث السبب وعلى هذا الذي قاله فقد ارتفع النقص من مقتضى هذه الأسماء وورد بها النص فهي جائزة واللّه تعالى أعلم . انظر : ترتيب الفروق واختصارها (468/1 ، 469) .

(2) زيادة من (ص) . (3) في (ص) : [إلا حتى] .

(4) هو عبد العظيم بن عبد القوي بن عبد اللّه بن سلامة ، بن سعد المنذري ، ولد في غُرة شعبان سنة إحدى وثمانين وخمسمائة . تفقه على الإمام بن عبد الرحمن القرشي ، وسمع من : أبي عبد الله الأرتاجي ، وعبد المجيب بن زهير ، ومحمد بن سعيد المأموني وغيرهم . صنف « شرحًا على التنبيه » وله « مختصر سنن أبي داود وحواشيه » و « مختصر صحيح مسلم » ، توفي في الرابع من ذي القعدة سنة ست وخمسين وستمائة . انظر : طبقات الشافعية 259/8 .

(5) ساقطة من (ص) . (6) في (ص) : [ما في معناها] .

إطلاقُها عليه تعالى وحنث لزمته الكفارةُ [1] .

1731 - وقال الشافعيةُ والحنابلةُ : أسماءُ اللّهِ تعالى قسمانِ منها ما هو مختصٌّ به تعالى فهو صريحٌ في الحلف ، كقولنا : واللّه والرحمن ، فهذا ينعقد به اليمين بغير نية ، ومنها ما لا يختص به تعالىَ كالحكيم والعزيزِ والرشيد والقادرِ والمريدِ والعالم فهي كناياتٌ لا تكونُ يمينًا إلا بالنيةِ لأجل الترددِ بين الموجبِ وغيرِ الموجبِ [2] ، وهذا الترددُ أجمعنا

---

(1) قال سحنون لابن القاسم : أرأيت إن حلف الرجل باسم من أسماء اللّه أتكون أيمانا في قول مالك مثل أن يقول : والعزيز ، والسميع ، والعليم ، والخبير ، واللطيف هذه وأشباهها في قول مالك كل واحد منها يمين ؟ قال : نعم . انظر : المدونة الكبرى (29/2) .

(2) ذكر القرافي : هنا أن أسماء اللّه عند الشافعية والحنابلة قسمان : ما هو مختص به تعالى ، ومالا يختص به تعالى والواقع أن الماوردي قد قسمها في الحاوي الكبير إلى ثمانية أقسام ونحن نلخص لك هنا ما ذكره الماوردي ذاكرين كل قسم من الأقسام الثمانية متبعين كل قسم بحكمه فنقول وباللّه التوفيق : إن اسم اللّه علم لذاته أما غير هذا الاسم العلم من أسماء فينقسم إلى ثمانية أقسام :

الأول : ما يجري في اختصاصه به مجرى العلم من أسمائه وهو الرحمن فيكون الحالف به كالحالف باللّه لأمرين :

أحدهما : أنه ليس يتسمى به غيره من خلقه .

وثانيهما : أنه تعالى أضاف إلى هذا الاسم ما اختص به من قدرته وتفرد به من خلقه فقال ﴿ ٱلرَّحۡمَٰنُ عَلَى ٱلۡعَرۡشِ ٱسۡتَوَىٰ ﴾ .

الثاني : من أسماء اللّه التي اختص باسم المعبود دون العبد وهو الإله ويكون الحالف به منعقد اليمين في الظاهر والباطن إن كان من أهل الملل ، وإن كان من غير أهل الملل انعقد به اليمين في الظاهر وكان في الباطن موقوفا على إرادته .

الثالث : من أسماء اللّه ما اختص إطلاقه باللّه تعالى ، وكان في الإضافة مشتركًا وهو الرب وتنقسم اليمين به إلى أربعة أقسام :

أ – ما يكون حالفا به في الظاهر والباطن وهو أن يصفه بما لا يستحقه إلا اللّه تعالى ، وهو أن يقول : رب العالمين ، أو رب السموات والأرضين ، فهذا حالف به في الظاهر والباطن لأنه وصفه بما اختص اللّه تعالى به دون غيره . فإن قال : أردت غير اللّه ، لم يقبل منه .

ب – ما يكون حالفا به في الظاهر ، و يجوز أن يكون غير حالف به في الباطن وهو أن يقول : والربّ ، فيدخل عليه الألف واللام ، ولا يعرفه بصفة ، فيكون حالفا به في الظاهر .

فإن قال : أردت به رب الدار ، دين في الباطن ، ولم يكن به حالفا لاحتماله ، وكان حالفا به في الظاهر لإطلاقه .

جـ – ما لا يكون به حالفا في الظاهر ، ويجوز أن يكون حالفا به الباطن ، وهو أن يقول : ورب هذه الدار ، فلا يكون حالفا في الظاهر ، لأنه في العرف إشارة إلى مالكها .

فإن قال : أردت به خالقها ، وهو اللّه تعالى ، كان حالفا .

د – ما اعتبر فيه عرف الحالف ، وهو أن يقول : وربي ، فإن كان من قوم يسمون السيد في عرفهم ربا ، لم يكن حالفا في الظاهر ، إلا أن يريد به اللّه تعالى ، فيصير به حالفا . وإن كان من قوم لا يسمون الرب في عرفهم إلا اللّه تعالى ، كان حالفا في الظاهر إلا أن يريد به غير اللّه تعالى ، فلا يكون حالفا في الباطن اعتبارا بالعرف في الحالين ، قال اللّه =

....

= تعالى : ﴿ أَمَّآ أَحَدُكُمَا فَيَسْقِي رَبَّهُۥ خَمْرًا ﴾ . يعني سيده وحكى عن إبراهيم : ﴿ إِنِّي ذَاهِبٌ إِلَىٰ رَبِّي سَيَهْدِينِ ﴾
يعني : اللّه تعالى ، فكان الرب في إبراهيم ويوسف مختلفا في المراد به ، اختلافهم في العرف .
الرابع : من أسمائه تعالى : ما كان إطلاقه مختصا باللّه تعالى في الظاهر واختلف جواز العدل به عن الباطن على وجهين ، وهو ثلاثة أسماء القدوس والخالق والبارئ .
فأما القدوس فهو اسم من أسماء اللّه تعالى مختص به في العرف ، واختلف في معناه على أربعة أوجه :
أ – المبارك . ب – الطاهر . جـ – المنزه من القبائح د – اسم مشتق من تقديس الملائكة .
فإذا حلف بالقدوس كان كالحالف باللّه تعالى في الظاهر ، فإن عدل به عن الباطن إلى غيره ففيه وجهان :
أحدهما : يجوز ولا يصير به حالفا في الظاهر والباطن ، إذا قيل : إن معناه المبارك ، أو الطاهر .
والوجه الثاني : لا يجوز ، ويكون حالفا ، ويكون ظاهرًا في الظاهر والباطن ، إذا قيل : أنه مشتق من تقديس الملائكة ، أو إنه المنزه من جميع القبائح .
وأما الخالق ففي معناه وجهان :
أ – المحدث للأشياء على إرادته . ب – المقدر لها بحكمته .
فإذا حلف بالخالق كان حالفا في الظاهر ، فإن عدل به في الباطن إلى غيره من المخلوقين ففيه وجهان :
أحدهما : يجوز ولا يصير به حالفا في الباطن إذا قيل : إن معناه المقدر للأشياء بحكمته .
والوجه الثاني : لا يجوز ويصير به حالفا إذا قيل : إن معناه المحدث للأشياء على إرادته وأما البارئ ففي معناه وجهان :
أ – المنشئ للخلق . ب – المميز للخلق .
فإذا حلف بالبارئ كان حالفا في الظاهر ، فإن عدل به في الباطن إلى غيره فعلى وجهين .
أحدهما : يجوز ، ولا يصير به حالفا إذا قيل : إن معناه المميز للخلق .
والوجه الثاني : لا يجوز ، ويصير به حالفا ، إذا قيل : إن معناه المنشئ للخلق .
الخامس : من أسماء اللّه تعالى : ما كان إطلاقه مختصا باللّه تعالى في الظاهر ، وجاز أن يعدل به إلى غيره في الباطن وجها واحدا وهو اسمان : « المهيمن والقيوم » .
أما المهيمن فاختلف في معناه على أربعة أوجه :
أ – الشاهد . ب – الأمين . جـ – المصدق . د – الحافظ .
فإذا اختلف بالمهيمن كان حالفًا باللّه تعالى في الظاهر ، فإن عدل به إلى غيره من الباطن جاز ولم يكن حالفا .
أما القيوم فاختلف في معناه على أربعة أوجه :
أ – القائم بتدبير خلقه . ب – القائم بالوجود . جـ – القائم بالأمور . د – اسم مشتق من الإستقامة .
فإذا حلف بالقيوم كان حالفا باللّه في الظاهر ، فإن عدل به إلى غيره في الباطن جاز ، ولم يكن حالفا ؛ لأن معانيه يجوز أن تكون مستعملة في غيره .
السادس : من أسمائه تعالى ما كان إطلاقه مختصا بغيره في الظاهر ، وإن كان من أسمائه في الباطن ، وهو « المؤمن ، والعالم ، والكريم ، والسميع ، والبصير » فهذه وإن كانت من أسماء اللّه تعالى فقد صارت في العرف مستعملة في غيره من المخلوقين ، فإذا حلف بأحدها ، لم يكن حالفا باللّه تعالى في الظاهر إلا أن يريد =

عليه في الطلاقِ ، وغيره ، وأن التردد لا ينصرف للطلاق ، ولا لمعنى يقعُ الترددُ فِيه إلا بالنيةِ ، فكذلك هاهنا ، ووجه التردد [1] في هذهِ الأسماءِ المذكورةِ بين إرادةِ اللّهِ تَعَالَى بها وبين المخلوقِ واضحٌ ، وأن البشرَ يُسَمَّى بهذهِ الأسماء حقيقةً ، وأن هذا اللفظَ يطلق على الموضعين بالتواطؤ ولا يتعين اللفظ المتواطئ إلا بالنية ، وكفى بهذا في بيان الترددِ والاحتياجِ للنيةِ ، وهذا كلامٌ حسنٌ قُوي [2] معتبرٌ في كثيرٍ من أبوابِ الفقهِ كالظهارِ والعتقِ وغيرِهما ، ولنا عنه جوابٌ حسنٍ ، وهو أن القاعدةَ أن الألفاظَ المفردةَ قد [3] تبقى عَلَى معناهَا اللغوي ، وينقلُ أهلُ العرفِ المركب من المفردين لبعض أنواع ذلك الجنس ، كما قُلْنَا في لفظِ الرؤوس تصدق [4] على رؤوس جميع [5] الحيواناتِ ، ولفظ الأكلِ يصدقُ [6] على كل فردٍ من أفرادِ الأكلِ في أي مأكولٍ كان ، وإذا ركبنا هاتين اللفظتين فقلنا : واللّه لا أكلت رؤوسًا أو أكلت رؤوسا ، لا يفهم أحد إلا رؤوس الأنعام دونَ غيرِها ، بسببِ أن أهلَ العرفِ نقلُوا هذا المركبَ لهذه [7] الرؤوس الخاصةِ دون بقية الرؤوسِ ، فكذلك لفَظُ العليمِ والقادرِ والمريد يصدقُ على كُلِّ عالمٍ [8] وقادرٍ ومريدٍ ، ومع ذلك فقد نقلَ أهل العُرفِ قولنا : وحقِّ العليمِ وغير ذلك من الأسماءِ مع الحالفِ [9] إلى خصوص أسماء اللّه تعالى فهو من المركبات المنقولة فلا يفهم

= بها اللّه تعالى في الباطن ، فيصير بها حالفا . ولو كثر استعمالها في اللّه تعالى ، وقل استعمالها في المخلوقين ، صار حالفا بها في الظاهر دون الباطن .

السابع : من أسمائه تعالى ما كان إطلاقه في الظاهر مشتركا بين اللّه تعالى وبين خلقه سواء : كالرحيم : والعظيم ، والعزيز ، والقادر ، والناصر ، والملك ، فيرجع فيها إلى إرادة الحالف بها ، فإن أراد بها أسماء المخلوقين لم يكن حالفا بها ، وإن لم تكن له إرادة ففيها وجهان :

أحدهما : يكون حالفا بها تغليبا لأسماء اللّه تعالى ، لأن المقصود به الأيمان في الغالب .

الوجه الثاني : لا يكون حالفا ، لأنها مع تساوي الاحتمال فيه تصير كناية لا يتعلق بها مع فقد الإرادة حكم ، فلو كثر استعمالها في أسماء اللّه تعالى وقلت في المخلوقين صار حالفا . بها في الظاهر دون الباطن . ولو كثر استعمالها في المخلوقين وقل استعمالها في اللّه تعالى لم يكن حالفا بها في الظاهر وإن جاز أن يكون حالفا بها في الباطن .

الثامن : من أسماء اللّه تعالى : « الجبار ، المتكبر » فإن خرج مخرج المدح والتعظيم ، كان مختصا باللّه تعالى ، وإن خرج مخرج الذم كان مختصا بالمخلوقين ، فهما في صفات اللّه مدح ، وفي صفات المخلوقين ذم ، فيصير بهما حالفا إن خرجا مخرج المدح ؛ لاختصاص اللّه تعالى بالمدح بهما ، ولا يصير بهما حالف إن خرجا مخرج الذم لانتفائه في صفاته .

انتهى بتصرف يسير من الحاوي الكبير للماوردي (300/19 ، 306) .

(1) ساقطة من (ك) .

(2) في (ص ، ك) : [قوي حسن] .

(3) زيادة من (ص ، ك) .

(4) في (ص ، ك) : [تطلق] .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) في (ك) : [يطلق] .

(7) في (ص) : [لأكل هذه] .

(8) ساقطة من (ك) .

(9) في (ص ، ك) : [الحلف] .

أحدٌ عند سماعِهِ الحلفَ بهذه الأسماءِ إلا أسماءَ اللّهِ تعالى [1] خاصةً ، وإذا صارت الكنايةُ منقولةً في العرفِ إلى معنى آخر [2] صارتْ صريحةً فيه ، فلذلك ألحقنا كناياتٍ كثيرةً في بابِ الطلاقِ بصريحهِ لما اشتهرت في الطلاقِ بسببِ نقلِ العرفِ إياها للطلاقِ ، فكذلك هاهنا .

1732 - وهذا الجوابُ حسنٌ من حيثُ الجملةُ ، غير أنه لا يطرد في جميع الأسماءِ ، وإنما يستقيمُ في الأسماءِ التي جرت العادةُ بالحلفِ بها ، فينفي النقلُ العرفي الاحتمالَ اللغوي ، وأما ما لم تجرِ العادةُ بالحلفِ به كالحكيم والرشيدِ ونحوهما ، فَلَعَلَّ كثيرًا مِنَ الناسِ لا يَعْلَمُهَا أسماءً لله تعالى فلم يشتهر الحلفُ بها ، ولم أعلم أني رأيت من أسماءِ اللّه تعالى ، الرشيدَ إلا في الترمذي حيثُ عَدّدَ أسماءَ اللّه تعالى [3] الحسنى مائةً إلا واحدًا ، وأصحابنا عَمَّمُوا الحكم في الجميع ولم يفصلوا ، وهو مشكلٌ ، ولا يمكنُ أن يُقَالَ : إن عادةَ المسلمين لا يَحْلِفُونَ بغيرِ اللّه تعالى وأسمائِهِ فتنصرفُ جميعُ الأسماءِ للهِ تعالى بقرينة الحلفِ ؛ لأنا نقولُ : إنا نجدهم يحلِفُونَ بآبائِهِم وملوكِهِم ، ويقولون : ونعمةِ السلطانِ ، وحياتِك يا زيدُ ، ولعمري لقد قام زَيدٌ ، فيحلفُ بعمرِه وحياةِ مخاطَبِه طولَ النهار ، فليس ظاهرُ حالِهم الانضباطَ ، ولا حَصَلَ في الأسماءِ القليلةِ الاستعمال عُرْفٌ ، ولا نقلٌ يُعْتَمَدُ عليه فيستصحب فيها حكمُ اللغةِ ، وأن اللفَظ صالحٌ للقديمِ والمحدثِ [4] هذا هو الفقه .

1733 - المسألة الثانية : قال صاحبُ الخِصَالِ الأندلسي : يجوزُ الحلفُ ويوجب الكفارةَ قولُك : باسمِ اللّه لأفعلنَّ ، وهذه المسألةُ فيها غَوْرٌ بعيدٌ بسبب أن الاسمَ هاهنا إن أريدُ بِهِ المسمى استقامَ الحكمُ ، وإن لم يُرِدْ بِهِ المسَمَّى فقد حَكَى ابن السيد البطليوسي [5] أن العلماءَ اختلفوا في لفظِ الاسمِ هَلْ هُوَ موضوعٌ للقدرِ المشتركِ بين أسماءِ [6] الذواتِ [7] فلا يتناولُ إلا لفظًا هو اسمٌ ، أو وضع في لغة العرب للقدرِ المشتركِ بين المسمياتِ فلا

(1) ساقطة من (ص ، ك) . (2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3) زيادة من (ص) . (4) زيادة من (ك) .

(5) هو العلامة أبو محمد عبد اللّه بن محمد بن السيد النحوي اللغوي ، صاحب التصانيف ، أديب ، نحوي ، لغوي مشارك في أنواع من العلوم ، ولد في مدينة بطليوس بالأندلس ، سكن بلنسية ، وتوفي بها ، من تصانيفه : الاقتضاب في شرح أدب الكاتب ، والمثلث في اللغة ، وشرح سقط الزند للمعري ، وشرح الموطأ لمالك وغيرها . توفي سنة 521 هـ . انظر : سير أعلام النبلاء 281/4 ، شذرات الذهب 65/4 .

(6) في (ص) : [الأسماء] . (7) ساقطة من (ص) .

يتناولُ إلا مُسَمَّى ، قال [1] : وهذَا هُوَ تحقيقُ خِلافِ العلماءِ في أن الاسمَ هو المسمى أم لا ؟ وأن الخلافَ إنما هُوَ في لفظِ اسم الذي هُوَ [ألف ، سين ، ميم] وأما لفظُ نار وذهب فلا يَصِحُّ أن يقولَ عاقِلٌ : إن لفظ نار هو عينُ النارِ حتَّى يحترق فَمُ مَنْ نَطَقَ بهذا اللفظ ، ولا لفظ ذهب هو عين الذهب المعدني حتى يحصل الذهبُ المعدني في فمِ من نَطَقَ بلفظِ الذهبِ ، وإنما الخلافُ في لفظِ الاسمِ خاصة .

1734 - وإذا فرعنا على هذا وقلنا : الاسم موضوعٌ للقدرِ المشتركِ بين الأسماءِ وإن مُسَمَّاه لفظٌ حينئذ ، فينبغي أن لا تلزم به كفارةٌ ، ولا يجوزُ الحلفُ به كما لَوْ قلنا : ورزقِ اللّه وعطاءِ اللّه ، فإن إضافةَ المحدثِ إلى اللّه تعالى لا تصيره مما يجوزُ الحلفُ به ، ولا يُوجِبُ الكفارةَ ، كذلك إذا أُضيفَ الاسمُ إلى اللّهِ تعالى يكونُ عَلَى هذا التقديرِ إضافةُ لفظٍ مخلوق [لله ﷻ] [2] فلا يوجب كفارة .

1735 - وإن قلنا : هو موضوعٌ للقدرِ المشتركِ بين المسمياتِ ، والقاعدةُ أن الدالَّ على الأعم غيرِ دال على الأخص ، فاللفظُ الدال على القدرِ المشتركِ بين جميعِ المسمياتِ لا يكونُ دالًّا على خُصُوصِ واجبِ الوجودِ ﷻ ، وما لا يكون دالًّا عليه [3] لَغَةً لَا ينصرفُ إليه إلا بنيةٍ أو عرفٍ ناقلٍ ، ولا واحد منهما فلا تجبُ الكفارة ، ولا يتعينُ صرفُ اللفظِ للّه [4] تَعَالى ، فهذا تحريرُ هذه المسألة .

1736 - **المسألة الثالثة** : قال اللخمي : قال ابنُ عبدِ الحكم [5] : ها اللّهِ يمينٌ توجِبُ الكفارةَ ، مثل قوله : تَاللّهِ ، فإنه لا يجوزُ حذفُ حرفِ القسمِ ، وإقامةُ ها التنبيه مقامَه ، وقد نصَّ النحاةُ على ذلك .

1737 - **فائدة** : الألفُ واللامُ في أسماءِ اللّهِ تعالى للكمالِ ، قال سيبويه : تكونُ لاَمُ التعريفِ للكمال تقول : زيدٌ الرجلُ تريدُ الكاملَ في الرجولية ، وكذلك هي في أسماءِ اللّه تعالى ، فإذا قلتَ : الرحمنُ أي الكاملُ في معنى الرحمةِ ، أو العليمُ أي الكاملُ في معنى العلمِ ، وكذلك بقية الأسماءِ فهي لا للعمومِ ولا للعهدِ ، ولكن للكمالِ .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2) في (ص ، ك) : [إليه] .
(3) في (ص ، ك) : [على] .
(4) في (ص ، ك) : [لجهة اللّه] .
(5) هو محمد بن عبد اللّه بن عبد الحكم أحد الفقهاء الراسخين ، انتهت إليه رئاسة العلم بمصر في وقته ، سمع من أبيه ومن ابن وهب وابن القاسم وغيرهم ، له تآليف كثيرة منها أحكام القرآن ، وكتاب الوثائق والشروط ، وكتاب الرد على الشافعي ، وكتاب الرد على أهل العراق ، وكتاب القضاة ، وغيرها توفى سنة 182 هـ . ترجمته في : تذكرة الحفاظ 115/1 ، شذرات الذهب 145/2 ، مرآة الجنان 181/2 ، شجرة النور الزكية 67 .

الفرق الثامن والعشرون والمائة

بين قاعدة ما يدخله المجاز في الأيمان والتخصيص وبين [(1)] قاعدة مالا يدخله المجاز والتخصيص

1738 - [اعلمْ أن الألفاظَ على قسمين : نصوصٌ وظواهرُ ، فالنصوصُ هي التي لاتقبلُ المجازَ ولا التخصيصَ] [(2)] ، والظواهرُ هي التي تقبلهما [(3)] ، فالنصوص التي هي كذلك قسمان : أسماءٌ للأعدادِ نحو الخمسة والعشرة وغير ذلك من أسماءِ الأعداد و[(4)] أولها الاثنان وآخرها الألف ، ولم تضع [(5)] العربُ بعد ذلك لفظًا آخر للعدد ، بل عادت إلى رتب الأعداد فقالت ألفان ، وهذا هو التثنية ، فتكرر مراتب الأعداد وهي أربعة مراتب [(6)] : الآحادُ إلى العشرة [(7)] ، والعشراتُ إلى المائةِ ، والمئون إلى الألفِ ثم الألف ، فهذه الأربعةُ هي رتبُ الأعداد وهي [(8)] آحادٌ وعشراتٌ ومئون وألوفٌ ، وتكرر هذه الألفاظ في مراتبِ الأعداد إلى غيرِ النهايةِ مكتفية بها من غير زيادة [(9)] فهذه عند العرب نصوصٌ لا يدخلُها المجازُ ولا التخصيص ، فلا يجوزُ أن تُطْلِقَ العشرة وتريدَ بها التسعة ، ولا غيرها من مراتب الأعداد ، فهذا هُوَ المجازُ .

1739 - وأما التخصيصُ فَلَا يَجُوزُ أن تَقُولَ : رأيت عشرَة ، ثم تُبَيِّنُ بعد ذلك مرادَكَ بها ، وتقول : أردت خمسةً ؛ [فإن التخصيصَ] [(10)] مجازٌ أيضًا لكنه يختصُّ ببقاء بعض المسمى ، والمجازُ قد لا يبقى مَعَهُ من المسمى شيء كما تقولُ : رأيت إخوتَك ، ثم تقول بعد [ذلك : أردت بإخوتك] [(11)] نصفَهم ، وهم فلانٌ وفلانٌ ، فهذا تخصيصٌ ، وقد بقي اللفظُ مستعملًا في بعض الإخوة ، والمجازُ الذي ليس بتخصيصٍ أن تقولَ : أردت بإخوتك مَسَاكِنَهُم أو دَوَابَّهُم ، ووجهُ العلاقةِ ما بين الإخوةِ وهذه الأمورِ من الملابسة ، وليس المساكن ولا الدواب بعض الإخوة فلم يَبْقَ مِنَ المسمى شيء ، فالمجازُ أَعَمُّ من

---

(1) زيادة من (ك) . (2) ساقطة من (ص) .

(3) في المطبوعة والمخطوطتين (تقبلها) والصواب ما أثبتناه .

(4) زيادة من (ص ، ك) . (5) في (ط ، ص) : [تصنع] .

(6) زيادة من (ك) . (7) في (ك) : [العشرات] .

(8) ساقطة من (ص ، ك) .

(9) في (ط) : [النهاية] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(10) في (ك) : [فالتخصيص] . (11) في (ص) ، (ك) : [مدة رأيت أخوتك] .

التخصيصِ ، فكل تَخْصِيصٍ مَجَازٌ ، وليس كُلُّ مَجَازٍ تخصِيصًا ، فالأعدادُ لا يدخلها المجاز ولا التخصيصُ ، فالتخصيصُ أن تريدَ بالعشرةِ بعضَها ، والمجازُ أن تريدَ بالعشرةِ مُسَمَّى العشر ، أو بالخمسة مسمى الخمس ؛ لأن العشرة نسبةٌ العشر لأنها عشر المائة ، والخمسةُ نسبةُ الخمسِ ؛ لأنها خمسُ الخمسةِ والعشرين ، فهذا أجنبي عنها بالكلية .

1740 - **القسم الثاني** : من النصوص : الألفاظُ التي هي مختصةٌ باللّهِ تعالى نحو لفظ الجلالةِ ولفظِ الرحمنِ فإنهما [1] لا يجوزُ استعمالُهُما في غيرِ اللّهِ تعالى البتة [2] بإجماعِ الأمةِ [3] ، فهذاَ الامتناعُ شرعيٌ ، والامتناعُ في الأعدادِ لغوي .

1741 - وأما الظواهرُ فهي ماعدا هذينِ القسمينِ من العُمُومَاتِ نحو المشركين ، وأسماء الأجناس نحو الأسد وغيره مما وُضِعَ لجنس من [الجماد أو] [4] النباتِ أو الحيوانِ ، أو جنس من قبيل الأعراضِ نحو العلمِ والظن والألوان والطعوم والروائح فيجوزُ المجازُ فيها كما يجوزُ إطلاقُ العلم [5] ويرادُ به الظنُّ مجازًا كقولهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ ﴾ [الممتحنة : 10] أي ظننتموهن ، فإن الإيمانَ أمرٌ باطنٌ لا يعلم ، ولكن تدلُّ عليه ظواهر الأحوالِ ، وكقولهِ تعالى : ﴿ فَظَنُّوٓاْ أَنَّهُم مُّوَاقِعُوهَا ﴾ [الكهف : 53] أي وعلموا . هذا هو المقررُ في أصولِ الفقهِ وفي أبوابِ الفقهِ عند الفقهاءِ في أبوابِ الأيمانِ والطلاقِ وغيرهما وعليهِ سؤال ، وذلك أن العربَ قد تستعملُ اسمَ العدد مجازًا كقوله تعالى : [6] ﴿ إِن تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً ﴾ [التوبة : 80] قال العلماء : المرادُ الكثرةُ كيف كانت ، وكذلك قوله : ﴿ ذَرْعُهَا سَبْعُونَ ذِرَاعًا ﴾ [الحاقة : 32] أي طويلةٌ جدًّا ، وخصوصُ السبعين ليس مُرَادًا ، بل المرادُ [المرارُ الكثيرةُ] [7] جِدًّا ، وهذا مجاز قَدْ دخل في السبعين ، وهو اسم عدد [8] ، وكذلك [قوله تعالى] [9] ﴿ ثُمَّ ٱرْجِعِ ٱلْبَصَرَ كَرَّتَيْنِ

(1) في (ط) : [فإنه] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(2) زيادة من (ص ، ك) .

(3) أخص أسماء اللّه تعالى قولنا (اللّه) ؛ لأن أحدا لم يتسم به وقد قيل : إنه اسمه الأعظم ، وهذا أحد التأويلين في قوله تعالى : ﴿ هَلْ تَعْلَمُ لَهُۥ سَمِيًّا ﴾ أي من يتسمى باسمه الذي هو اللّه ؟ والتأويل الثاني فيه : هل تعلم له شبيها ؟ أما اسم الرحمن فلم يتسم به أحد من خلقه ، ولئن طغى مسيلمة الكذاب فتسمى رحمان اليمامة ، فهي تسمية إضافة لم يطلقها لنفسه فصار كمن لم يتسم به . انظر في ذلك : الحاوي الكبير للماوردي (300/19) . وقال البقوري : الاسمان الكريمان : اللّه والرحمن لا يصدقان على غيره جل وعلا . انظر : ترتيب الفروق واختصارها للبقوري (473/1) .

(4) في (ك) : [الجمادات و] .

(5 ، 6) ساقطة من (ص) و (ك) .

(7) في (ط) : [الكثرة] .

(8) في (ط) : [العدد] .

(9) في (ص ، ك) : [قال اللّه تعالى] .

يَنقَلِبْ إِلَيْكَ ٱلْبَصَرُ خَاسِئًا وَهُوَ حَسِيرٌ ﴾ [الملك : 4] .
قال المفسرونُ : المرادُ بكرتين المراجعةُ الكثيرة من غيرِ حصرٍ ، وعبَّرَ بلفظ التثنية عن أصلِ الكثرة ، وهذا مجازٌ قد دخلَ في لفظِ كرتين ، غير أنه لَيس من أسماءِ العددِ ، واسمُ العددِ إنما هو اثنان ، لكن كرتين في معناها [1] ويقولُ أهلُ العرف : سألتك ألف مرة فما [2] قَضَيْتَ لي حاجةً ، وكذلك زرتك مائةَ مرة فلم تَرْعَ لي ذلك ، ولا يريدون خصوصَ الألفِ والمائة بل [3] الكثرةَ ، وهذا مجازٌ قد دخل في المائة والألف ، وإذا انفتحَ البابُ في هذه الألفاظِ في بعضِها انخرم الجزمُ في بقيتِها فلم يبق لنا نصوص البتة في أسماء الأعداد ، غير أن الفقهاء مطبقون على ما تقدم ، والواقع كما ترى فتأمله .

وعلى تقدير [4] صحة القاعدتين والفرق بينهما تتخرج ثلاثُ مسائل :

1742 - المسألة الأولى : إذا حلفَ ليعتقن ثلاثةَ عبيدٍ اليوم فأعتق عبدين ، وقال : أردتُ بلفظ ثلاثة الاثنين لم تُفِدْهُ نيتُه وحنثَ إن خرج اليوم ولم يُعْتِقِ الثالث ؛ لأن استعمالَ لفظِ الثلاثة في الاثنين مجازٌ وهو لا يدخلُ في أسماءِ الأعدادِ ، وكذلك بقيةُ أسماءِ الأعداد لا تفيدُ فيها النية في الأيمانِ ولا في الطلاقِ ولا في [5] غيرهما .

1743 - المسألة الثانية : إذا قالَ : واللّهِ « لأعتقن عبيدي » و [6] قالَ : أردت بَعْضَهم على سبيلِ التخصيصِ ، أو أردت بعبيدي دَوَابِّي ، وأردتُ بالعتق بَيْعهَا أفاده ذلك ؛ لأنه يجوز استعمالُ [7] العبيدِ مَجَازًا في الدوابِّ ، والعلاقةُ الملكُ في الجميع ، واستعمال العتق مجازًا في البيعِ والعلاقةُ بطلانُ الملكِ ، فهذا تفيدُه فيه النيةُ والمجازُ .

1744 - المسألة الثالثة : إذا قالَ : واللّه لأعتقن ثلاثةَ [8] عبيدٍ ونوى أنه يبيعُ ثلاثَ دَوابٌ من دوابِهِ صَحَّ ؛ لأن لفظَ ثلاثة لم يَدْخُلْهُ [9] مجاز ، وإنما دخل المجازُ في المعدودِ ، وَهُوَ [10] اسمُ جنسٍ – أعني العبيدَ – فعبر بجنسِ العبيدِ عَنْ جِنْسِ الدوابِ ، وذلك جائزٌ ، ولم يُعَبّر بلفظِ الثلاثِ عَنْ غَيْرِ الثلاثِ ، فهو على بَابِه ، ونظيُره مِنَ [11] الطلاقِ

---

(1) في (ص ، ك) : [معناه] .
(2) في (ص ، ك) : [ما] .
(3) في (ص ، ك) : [ولكن] .
(4) في (ط) : [ما تقدم من] .
(5) ساقطة من (ص ، ك) .
(6) زيادة من (ص ، ك) .
(7) في (ص ، ك) : [استعمل] .
(8) في (ص) : [ثلة] .
(9) في (ص ، ط) : [يدخله] .
(10) في (ك) : [هم] .
(11) في (ك) : [في] .

أن يقول : أنتِ طالق ثلاثًا ، ويريدُ بالثلاثِ اثنتين ، أو واحدةً لا يفيده ذلك ، وإن قالَ : أردت أنك طلقت ثلاثَ مراتٍ من الولدِ أفادَهُ ذلك ، ولم يَلْزَمْهُ طلاقٌ في الفتيا ولا في القضاءِ إن لم تَقُمْ عَلَيْه بينةٌ ، أو قامَتْ ، لكن هناك من القرائنِ ما يُعَضِّدُه ، وإلا لزمه الطلاقُ الثلاثُ في القضاءِ دُونَ الفُتْيَا ، وقد أشكلَ ذلك على بعضِ الفقهاءِ فقالَ : أثَّرتْ النيةُ في الكلِ ولم تؤثر في البعضِ ، وذلك خلافُ القواعدِ ، فإن النيةَ أبطلت الطلقات الثلاثَ كلَّها إذا نوى طَلْقَ الولدِ ، وهذا هو جملةُ مدلولِ اللفظِ فأولى أن يبطل بعض مدلول اللفظ ، وهو أن يريدَ بالثلاثِ اثنتين .

1745 - وجوابه : أن النيةَ إنما أثَّرتْ في لفظِ المعدودِ فقط - وهو الطلاقُ - وأما اسمُ العددِ فباقٍ على حَالِهِ ثلاث ، غيرَ أنه لما تغيرَ المعدودُ وانتقلَ انتقلَ العددُ معه على حالِه وهو ثلاثٌ من غير تغيرٍ لمفهومِ الثلاثِ ، فدخلَ التغييرُ والمجازُ في اسمِ الجنسِ الذي هو الطلاقُ ؛ لأن الطلاقِ اسمُ جنسٍ دُونَ الثلاثِ ، لأنهُ اسمُ عددٍ فلم يَدْخُلْ فيه مجازٌ البتة غير أن معدودَه تغير من الطلاقِ الذي هُوَ [1] إزالةُ العصمة إلى جنسٍ آخرَ ، وهو طلقُ الولد أو غيره من الأجناس ، فلا إشكال حينئذ .

1746 - فإن قلت : لو قال : واللّهِ أو والرحمنِ لأفعلن كذا ، وقال : أردت بلفظِ الجلالةِ أو بلفظِ الرحمن غيرَ اللّهِ تعالى ، وعبرت بهذا اللفظِ عن بعض المخلوقاتِ لله تعالى [2] من بابِ إطلاقِ الفاعلِ على أثره لما بينهما من العلاقةِ ، والحلفُ بالمخلوقِ لا تلزمُ به كفارةٌ ، فلا تلزمني كفارةٌ ، هل تسقطُ عنهُ الكفارة بناءً على هَذَا المجازِ ؟ .

1747 - قلت : ظاهرُ كَلَامِ العلماءِ أن هَذَا تلزمُهُ الكَفَّارَةُ إذا حَنَثَ ، وأن هَذَيْن اللفظين لا يجوزَ استعمالُهما لغيرِ اللّهِ تعالى [3] ؛ وما امتنعَ شَرْعًا فَهُوَ كالمعدومِ حِسًّا فتلزمه الكفارةُ ، وهذا بِخِلَافِ مَا [4] لَوْ قَالَ : أردتُ بقولي : والعليمِ والعزيزِ وغير ذلك من أسماءِ اللّهِ تعالى [5] أو كفالةِ اللّه ، وعهدِ اللّه ، وعلمِ اللّه [6] ، وغير ذلك من صفاتِه التي تقدم بسطُها بعضَ مخلوقاته ممن هو عليمٌ أو عزيزٌ ، أو بعضَ صفاتِ البشر من العلمِ والكفالةِ والعهدِ وغير ذلك فأضفتُه إلى اللّه تعالى إضافةَ الخلقِ للخالقِ [7] فإنا نسمعُ هذه

---

(1) ساقطة من (ك) .

(2) زيادة من (ص ، ك) .

(3) ساقطة من (ك) .

(4) زيادة من (ص ، ك) .

(5) ساقطة من (ص) .

(6) في (ك) : [ذلك] .

(7) في (ص) ، (ك) : [للمخلوق] .

النيةَ ، وتفيدُه في إسقاطِ الكفارةِ ؛ لأن هذه الألفاظَ ليستْ نصوصًا ، بل أسماءُ أجناسٍ ، وقد قالَ جماعةٌ من العلماءِ : إنها كناياتٌ لا تكون يمينًا إلا بالنيةِ لقوةِ الترددِ عندهم والاحتمال ، وقد حكيتُه فيما مَضَى عن الشافعيةِ والحنابلةِ والحنفيةِ ، و [1] قالوا ذلك أيضًا في الصِّفَاتِ واشترطُوا فيها الشهرةَ العرفيةَ ، ونحن – وإن لم نوافقهم على ذلك – فنحنُ نُلْزِمُهُ الكفارةَ [2] بناءً على الظهورِ والصراحةِ ، لاَبِنَاءً على النصوصية التي لا تقبلُ المجازَ ، فتأملْ هَذِهِ المواطنَ وما تفيدُ فيه نية المجازِ وما لاَ تُفِيدُ ، فإنه فَرْقٌ محتاجٌ إليه في الفتيَا والقضَاءِ حاجةً شديدة ، وقد اتضح إيضاحًا حسنًا مِنْ فَضْلِ اللّه ﷻ [3] .

(1 ، 2) ساقطة من (ص ، ك) . (3) في (ص) : [تعالى] .

الفرق التاسع والعشرون والمائة

بين قاعدة الاستثناء وبين قاعدة المجاز في الأيمان والطلاق وغيرهما

1748 - اعلم أن الاستثناءَ هو ما كان بإلا ، وحاشا ، وخلا ، وعدا ، ولا يكون ، وليس ، وبقية أخواتها وهي إحدى عشرةَ أداةً مستوعبةً في كتبِ النحو [1] .

والمجازُ هو اللفظُ المستعملُ في غيرِ مَا وُضِعَ له لعلاقةٍ بينهما ، وإذا علمتَ حقيقتهَما فاعلم أنهما بحسب مواردهما التي يردان عليها كلٌّ واحدٍ أعمٌّ من الآخر من وجهٍ ، وأخصٌّ من وجهٍ ، وضابطُ الأعمّ من وجه والأخصّ من وجه أن يكونَ كُلٌّ واحد منهما يوجدُ منفردًا ومع الآخر ، فينفردُ كل واحد منهما بصورةٍ ، ويجتمعان في صورة كالحيوان والأبيض يوجدُ الأبيضُ بدون الحيوان في الجير والثلجِ ، والحيوانُ بدونِ الأبيض في الزنج والجاموس ، ويجتمعان معًا في كل حيوان أبيضَ ، كذلك الاستثناء والمجاز يوجد كل واحد منهما في صورةٍ لا يجوزُ وجودُ الآخرِ فيها ، ويجوز أن يجتمعا في صُوَرةٍ يجوزُ دُخُولُهُمَا فيها وتكونُ قابلةً لهما ، وأبين ذلك بالمثل .

مثالُ الصورةِ التي يَدخُلُها الاستثناءُ دونَ المجازِ ويمتنعُ استعمالُ المجازِ فيها أسماءُ الأعداد ، فلا يجوزُ إطلاق العشرة ويراد بها تسعةٌ [2] ، وقد تقدمَ تقريرُه وما عليه في الفرق الذي قبل هذا [3] .

1749 - قال صاحبُ المقدمات الشيخُ أبو الوليد [بن رشد] [4] : لا يجوزُ الاستثناءُ بإلا من الأعدادِ ، وإن اتصل مالم يَبْنِ كلَامَهَ عليه نحو : واللّهِ لأعطينك ثلاثة دراهم إلا درهمًا ، وكذلك : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلا واحدةً ، بخلافِ العمومِ ، وبخلاف الاستثناءِ بمشيئةِ اللّه تعالى [5] ، فإنه يكفي فيه الاتصالُ ، وإن لم يبن الكلام عليه [6] ،

(1) في (ك) : [النحاة] .

(2) في (ص ، ك) : [سبعة] .

(3) في (ك) : [ذلك] .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) إليك نص ما قاله ابن رشد في المقدمات : الاستثناء لا يكون إلا في وجهين : أحدهما : العدد المسمى ، والثاني : اللفظ الذي يقتضي العموم وهو يحتمل الخصوص ، فأما العدد المسمى فلا يصح استدراك الاستثناء فيه إذا لم يعقد عليه يمينه ، وإنما يصح إذا عقدها عليه ، مثال ذلك أن يقول : واللّه لأعطين فلانا ثلاثة دراهم إلا درهمًا ، فإن كان أراد أن يحلف ليعطينه درهما فعبر عنها بثلاثة دراهم إلا درهما صح استثناؤه ، وإن كان إنما أراد أن يحلف ليعطينه ثلاثة دراهم فلما أكمل اليمين ، ولفظ بالثلاثة الدراهم بداله ، فاستدرك الأمر ، واستثنى الدرهم الواحد لم ينفعه ، وإن كان الاستثناء متصلا باليمين ومثل ذلك قول الرجل لامرته : أنت طالق ثلاثا إلا =

1750 - و [1] مثالُ الصورةِ التي يدخلها المجازُ دونَ الاستثناء المعطوفاتُ .

1751 - فإذا قلت : رأيتُ زيدًا وعمرًا إلا عمرًا لم يَجُزْ لغةً ؛ لما فيه من إبطالِ حكمِ عمر، وهو منصوصٌ عليه ، فأنت [2] مستثنٍ لجملةٍ [3] ما نطقتَ به [4] في المعطوفاتِ [5] واستثناءُ جملةِ كلام [منطوق به] [6] [ممتنع لغة] [7] ، وكذلك أعطِ زيدًا درهما ودرهما إلا درهما ممتنع [8] لاستثناءِ جملةٍ منطوقٍ بها [9] بخلاف أعطِهِ ثلاثةَ دراهمَ إلا درهمًا .

1752 - ويجوزُ المجازُ في المعطوفاتِ وأن يريد بالثاني غيرَ الأول في صورتين [10] .

1753 - إحداهما الأسماء المترادفة كقوله تعالى ﴿ إِنَّمَآ أَشْكُواْ بَثِّي وَحُزْنِيٓ إِلَى ٱللَّهِ ﴾ [يوسف : 86] والحزنُ هو البث ، وقد أريد به الأول ، ولو قلت : أشكو بثي وحزني إلا حزني لم يجز ، وكذلك يجوز أن تقول : أعطه برًّا [11] وحِنطةً ، وتعطفُ الشيءَ على نفسِه إذا اختلفَ اللفظُ ، كذلك نَصَّ عليه النحاة .

1754 - ولو قلت : رأيت برًّا وحنطة إلا حنطةً لم يجز ؛ لأن الاستثناءَ إنما جعل لإخراج ما التف في الكلام وهو غيرُ مرادٍ ، وما قُصد بالعطف لابدَّ أن يكونَ مرادًا ، فالجمع بينهما يقتضي أن يكون مرادًا وغير مراد ، وهو جمع بين النقيضين .

1755 - الصورة الثانية : أن تكونَ الألفاظُ متباينةً غيرَ مترادفةٍ ، ويريدُ بالثاني الأولَ على

= واحدة ، وفي هذا المعنى اختلاف يقوم من المدونة . وأما الذي يقتضي العموم وهو يحتمل الخصوص فيصح استدراك الاستثناء فيه إذا وصله باليمين من غير صمات . وقال ابن المواز : لابد أن ينوي الاستثناء قبل آخر حرف من تمام اليمين مثال ذلك أن يقول : والله لأعطين فلانا ثلاثة دراهم إن شاء الله ، أو إن شاء زيد فهذا الاستثناء وإن لم يعقد عليه يمينه إذا استدركه فوصله باليمين من غير صمات . وعلى مذهب ابن المواز لا ينفعه إلا أن ينويه قبل أن يلفظ بالميم من ثلاثة دراهم هذا معنى قوله وإرادته عندي ، وإن كان قد قال إن من حلف بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة . واستثنى لا ينفعه الاستثناء ، إلا أن ينويه قبل أن يلفظ بالهاء من الشهادة فإنما هو تمثيل ، ومعناه أن ينوي الاستثناء قبل أن يلفظ بآخر حرف من تمام كلامه ، وأما ما نص عليه بالتسمية فلا يصح فيه الاستثناء لاستحالة الكلام لو قال : والله لأعطين فلانا وفلانا كذا وكذا درهما إلا فلانا منهم لم يكن كلاما مستقيما . انظر : المقدمات الممهدات لابن رشد (425/1) بهامش المدونة الكبرى ، (314/1) طبعة السعادة 1325 هـ .

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2) في (ك) : [فإنك] .
(3) في (ص) ، (ك) : [لجميع] .
(4) ساقطة من (ص) .
(5) في (ص ، ك) : [المعطوف] .
(6) ساقطة من (ص ، ك) .
(7) في (ط) : [ممنوع] .
(8) في (ص ، ك) : [يمتنع] .
(9) ساقطة من (ص) وفي (ك) : [به] .
(10) في (ط) : [الصورتين] .
(11) في (ص ، ك) : [قمحا] .

سبيل المجاز كقولك : رأيت زيدًا والأسد ، وتريدُ بالأسدِ زيدًا لشجاعتِهِ ، فهذا يجوزُ ، ولا يجوزُ دخولُ الاستثناء فيه ، لأنك أتيتَ باللفظِ الثاني لقصدِ المبالغةِ بالمعنى المجازِي ، فإن قولك لزيد [1] أسد أبلغُ من قولك : شجاعٌ ، وإذا كان هذا المعنى [2] مقصودًا للعقلاء [3] في مخاطباتهم لا يجوزُ إبطالُه بالاستثناءِ فهذان مثالان لما ينفردُ به كلٌّ واحدٍ منهما عن صاحبه ، ومثالُ اجتماعهما في صحة الدخول فيه والاستعمال ، و [4] العمومات والظواهر كلها يجوزُ دخولُ الاستثناء فيها والمجاز ، فنقولُ في العموم : رأيت إخوتَك إلا زيدًا ، فهذا استثناءٌ ، وتقول : رأيت إخوتَك وتريدُ دارَ إخوته أو أميرَ إخوته لما بين الدار والأمير [5] من الملابسةِ ، هَذَا في العموم ، وأمَّا [الظواهرُ التي ليست] [6] بعمومٍ نحو لفظ الأسدِ والفرسِ وجميعِ أسماءِ الأجناسِ يجوزُ دخول المجازِ فيها إذا وُجِدَتِ العلَاقةُ ، ودخول الاستثناء ، فتقول : رأيتُ أسدًا إلا يَدَه ، وإلا رأسَه ، بشرط أن لا يستوعبه ، وكذلك رأيتُ فرسا إلا رأسه ، ويجوز دخولُ المجاز فتريد بالأسدِ زيدًا الشجاع ، وبالفرسِ حمارةَ الفارةِ لشبهه بالفرسِ في سُرْعَةِ جريه ، وقِسْ عَلَى ذَلك بقيةَ أسماءِ الأجناسِ فهذا القسمُ يدخلُ فيه [المجازُ والاستثناءُ] [7] ، غير أن المجازَ لك أن تتجوزَ بجملةِ الاسمِ عن جميعِ المسَمَّى إلى غيرِه ، كما عدلت عن الأسدِ بجملته إلى الرجل الشجاعِ ، وليس لك استثناءُ جملةِ الأسدِ لأنهُ يشترطُ في الاستثناءِ أن يَبْقَى بعدَه شيء مما دخلَ عليه الاستثناءُ ، فهذا الوجهُ يَقَعُ [8] بِهِ الفرقُ في هذا القسِم لا في جَوَازِ الدخولِ ، فقد ظهر لك أن الاستثناءَ يوجَدُ في صورةٍ لا يوجد فيها المجازُ ، ويوجَدُ المجازُ في صورةٍ لا يوجدُ فيها الاستثناءُ ، ويجتمعان في صورةٍ فيكونُ كلٌّ واحدٍ منهما [9] أعمَّ من الآخرِ من وجهٍ ، وأخصَّ من وجهٍ ، وهو المطلوبُ ، وبه ظهرَ الفرقُ بين قاعدتيهما حتى يعلم في أي صورةٍ يجوزُ استعمالُ كلٌّ واحدٍ منهما ، و [10] في أي صورةٍ يمتنع ، ويفيد ذلك نفعًا عظيمًا في الأيمانِ والطلاقِ وغيرِهما ، فإن مَن استعملَ واحدًا منهما في مكانٍ لا يجوزُ استعمالُه فيه بطلَ استعمالُه له ، ولزمه أصلُ الكلامِ الأول بمقتضى وَضْعِ اللغةِ ، فاعلَمْ ذلك فهيَ قاعدةُ الفقهِ .

---

(1) في (ك) : [زيد] .
(2) في (ص ، ك) : [معنى] .
(3) في (ك) [مقصودًا العقلاء] .
(4) زيادة من (ص ، ك) .
(5) في (ك) : [الأخوة] .
(6) في (ص ، ك) : [الظاهر الذي ليس] .
(7) في (ص ، ك) : [الاستثناء والمجاز] .
(8) في (ص ، ك) : [هو يقع] .
(9) ساقطة من (ص ، ك) .
(10) في (ص ، ك) : [أو] .

الفرق الثلاثون والمائة

بين قاعدة ما تكفي فيه النية في الأيمان وقاعدة مالا تكفي فيه النية [1]

1756 - اعلمْ أن النيةَ تكفي في تقييدِ المطلقاتِ ، وفي [2] تخصيصِ العموماتِ ، وتعميمِ المطلقاتِ ، وتعيينِ أحدِ أفرادِ [3] مسمياتِ الألفاظِ المشتركاتِ ، وَصَرْفِ اللفظِ عن الحقائقِ إلى المجازاتِ ، ولا تكفي عن الألفاظِ التي هي أسبابٌ ، ولا عن لفظٍ مقصودٍ ، وإن لم يكن سَبَبًا شرعيًا ، ويتضح ذلك بذكر عشرِ مسائل :

1757 - **المسألة الأولى** : تقييدُ المطلقاتِ إذا حَلَفَ لَيُكرِمَنَّ رجلًا ونوى به زيدًا ، فلا يبرأ بإكرامِ غيره ؛ لأن رجلًا مطلقٌ ، وقد قَيَّدهُ بخصوصِ زيدٍ ، فصارَ معنى اليمين : لأكرمن زيدًا ، وكذلك إذا قيده بصفةٍ في نيتهِ ولم يلفظْ بها كقوله : والله لأكرمن رجلًا ، وينوي به [4] فقيهًا أو زاهدًا فلا يبرأ بإكرامِ غيرِ الموصوفِ بهذهِ الصفةِ ، فهذه صورة تقييدِ المطلقاتِ .

1758 - **المسألة الثانية** : تخصيصُ العموماتِ كقولهِ : والله لا لبست ثوبًا وينوي إخراجَ الكتانِ من يمينه ، فيصيرُ هذا العمومُ [5] مخصوصًا بهذه النيةِ ولا يحنثُ إذا لبس الكتانَ ؛ لأنه قد أخرجه بنيته [6] ، وقد تقدم الفرقُ بين قاعدةِ النيةِ المخصصةِ والنيةِ المؤكدةِ أن القصدَ للكتان دون غيره لا يفيدُ ، وأن هنالك فرقًا جليلًا جميلًا فليطالع من هنالك .

1759 - **المسألة الثالثة** : المحاشاةُ كَمَا قَالَ مالكٌ : [إذا قال] [7] : كلُّ حلالٍ عليَّ حرامٌ يلزمه الطلاق إلا أن يحاشي زوجته .

وقالَ الأصحابُ : يكفي في المحاشاةِ مجردُ النية ، والسببُ في ذلك أنها تخصيصٌ بعينه من غير زيادةٍ ولا نقصانٍ ، والتخصيصُ يكفِي فيه إرادةُ المتكلمِ ، فكفى في المحاشاةِ مجردُ إرادةِ المتكلمِ ، فليست المحاشاةُ شيئًا [8] غيرَ التخصيصِ ، فاعلمْ ذلك ، فهذه هي

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) . (2 ، 3) زيادة من (ص ، ك) .

(4) ساقطة من (ص ، ك) . (5) في (ص ، ك) : [اللفظ] .

(6) قال ابن الشاط : قلت : ليس هذا تخصيص العموم بل هو الاستثناء بالنية ، وهو محل خلاف ، وأما التخصيص بالنية فهو أن يقصد ما عدا الكتان خاصة ولا أراه إلا محل وفاق . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 65/5 .

(7) ساقطة من (ص ، ك) . (8) في (ص ، ك) : [سببا] .

مواطن الاكتفاء بالنية إجماعًا .

1760 - المسألة الرابعة : في [الموطن الذي] [1] اختلفَ العلماءُ في الاكتفاءِ فيه [2] بالنيةِ وهو ما دل اللفظُ عليه التزاما [3] ، قالت [4] الحنفيةُ : لا تؤثرُ النيةُ فيه تقييدًا ولا تخصيصًا وقالت [5] بقيةُ الفرق تؤثرُ النيةُ في المدلولِ التزامًا كالمطابقةِ من غير فرق ، ومثلوا هذه المسألةَ بقول القائل : « واللّه لا أكلت » فقالت الفرقُ المالكيةُ والشافعيةُ : يجوز أن ينويَ مأكولًا معينًا فلا يحنثُ بأكل غيره ، وقالت الحنفيةُ : لا يجوزُ دخولُ النية هاهنا وإن نوى بَطَلَتْ نيتهَ وحنث بأي مأكول أَكَلَه ، فإن اللفظَ إنما دل مطابقة على نَفْي الأكلِ الذي هُوَ المصدرُ ، ومن لوازم مصدر الأكل مأكول ما ، وذلك المأكول لم يلفظْ به فلا يجوزُ دخولُ النيةِ فيه لأنهُ مُدلولٌ التزامي ، واحتجوُّا على ذلك بأمور :

1761 - أحدها أن الأصلَ اعتبارُ اللفظِ المنطوقِ به بحسبِ الإمكانِ خالفنا ذلك فيما دل اللفظ عليه مطابقةً وبقي [6] فيما عداه على الأصلِ ، ووجهُ المناسبةِ أن تحكيمَ النية في اللفظِ باعتبارِ معناه فرعُ تناولِ ذلك اللفظ لذلك المعنى ، والتناولُ إنما هو محقق [7] في المطابقةِ والتضمن [8] أما الالتزامُ [9] فتبع جاء من جهةِ العقلِ ، فتقرر اللفظ فيه ضعيف ، فتصرف النية فيه كذلك [10] فلا يترك ما أجمعنا عليه لهذا الضعيف المختلف فيه [11] .

---

(1) في (ط ، ك) : [المواطن التي] والصواب ما أثبتناه من (ص) .

(2) في (ط ، ك) : [فيها] والصواب ما أثبتناه من (ص) .

(3) قال ابن الشاط : قلت : في قوله « ما دل اللفظ عليه التزاما » عندي نظر ، فإن المصدر هو الذي يدل على معناه وهو القيام مثلا والضرب ، فإما القيام فيدل بالالتزام علي فاعله ، وأما الضرب فيدل بالالتزام أيضا علي فاعله ومفعوله ، وأما الفعل فهو مبني لوقوع المصدر من فاعله إن كان غير متعد أو من فاعله بمفعوله إن كان متعديا ، وما بني اللفظ له أو ما تقيد به كيف يقال دل عليه اللفظ التزاما ؟ بل الأقرب أن يدل عليه تضمنا واللّه أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 66/3 . (4 ، 5) في (ك) : [قال] .

(6) في (ص ، ك) : [بقينا] .

(7) في (ص ، ك) : [متحقق] .

(8) في (ك) : [والتضمين] .

(9) في (ص ، ك) : [الالتزامي] .

(10) في (ص ، ك) : [ضعيف] .

(11) قال ابن الشاط : قلت : ما قالوه في أثناء احتجاجهم من أن تناول اللفظ إنما هو محقق في المطابقة والتضمن ليس بصحيح ؛ لأن دلالة الألفاظ ليست عقلية بل وضعية ولم يوضع لفظ المسجد مثلا إلا لجملته لا لجملته وبعضه وهو السقف مثلا وإلا لكان ذلك اللفظ مشتركا ، وليس الكلام المفروض إلا على تقدير أن لفظ المسجد لم يوضع للسقف ، وإن كان لأمر كذلك فلا دلالة للفظ المسجد على السقف أصلا لأن الألفاظ لا تدل عقلا وإنما تدل وضعا وقد عدم الوضع فلا دلالة له البتة . نعم هنا أمر وهو أن من يذكر له لفظ يدل =

1762 - وثانيها : أن الاستقراءَ دَلَّ على أن النيةَ لا تدخلُ إلا فيما دلَّ اللفظُ عليه مطابقةً ، واعتبارُ النياتِ في الألفاظِ أمرٌ يتبع اللغةَ [1] ، ألا ترى أن اللغةَ لما لم تُجَوِّزِ النيةَ في صرفِ أسماءِ الأعدادِ إلى المجازاتِ امتنع ، فلا يجوزُ أن تطلق العشرة وتريد بها التسعة .

1763 - وثالثها : أنه لو صَحَّ دخول النيةِ في المدلولِ الالتزامي لصحَّ المجازُ في كلِّ لازم المسمى بالنية والقصد إليه ، وليس كذلك ؛ لأن الأسدَ يلزمُه أوصافٌ كثيرةٌ من البخر [2] والحمى [3] والوبر [4] وكبر الرأس وغير ذلك ، ولا يَصِحُّ التجوزُ عنه إلا باعتبار الشجاعةِ خاصة ، ولا يَصِحُّ دخولُ النية في غيرها حتى تصرف للمجاز ؛ لأنا نشترط في مثل هذا المجاز ، وهو مجازُ المشابهةِ أن تكونَ الصفةُ التي وقعت فيهَا المشابهةُ أظهرَ صفاتِ المحل المتجوزِ عنه .

وحجةُ المالكيةِ والشافعيةِ من وجوه :

1764 - أحدها : أنا أجمعنا على ما إذا قال : واللّه لا أكلتُ أكلًا أنه يصح أن ينوي بعضَ المآكلِ ، ويخرج البعضَ بنيتهِ مع أن (أكلًا) مصدرٌ ، وأجمعَ النحاة على أن التصريحَ به بعدَ الفعلِ إنما هو للتأكيدِ نحو ضربت ضربًا ، فإن الفعلَ دلَّ عليه فذكره بعد ذلك يكونُ تكْرارًا لذكرِه فيكونُ تأكيدًا ؛ لأنه حينئذٍ مذكورٌ مرتين ، والتأكيدُ حقيقتُه تقويةُ [5] المعنى الأول من غير زيادةٍ ، وإلا لكان إنشاءً لا تأكيدا ، وإذا لم يكنِ التأكيدُ منشئًا [6] كانتِ الأحكامُ الثابتةُ معه ثابتةً قبلَه ، لكن معناه [7] الثابت معه اعتبارُ النيةِ ، فالثابتُ قبله اعتبارُ النية [وهو المطلوب] [8] .

1765 - وثانيها : أن النية اعتبرت في المطابقة إجماعًا مع قوةِ المعارضِ فأولى أن تعتبر مع

= على مجموع أشياء بالوضع فإنه يتذكر ما تركب منه من ذلك المجموع أو لازم ذلك المجموع فمن اعتبر هذا القدر وسمي هذا التذكر دلالة فان حجر عليه لكنه يدخل اللبس في كلامه على ما مع ذلك منه حين يذكر هاتين الدلالتين اللتين معناهما تذكر الشيء عند ذكر الشيء مع ذكر الوضعية من جهة أن لفظ الدلالة لم يوقعه على الوضعية والتذكر بالتواطئ بل بالاشتراك مما يوقع الغلط كثيرًا واللّه أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 66/3 .

(1) في (ص ، ك) : [لغة] .

(2) بخر : البخر : الرائحة المتغيرة من الفم وهي : كل رائحة سطعت من نتن وغيره . انظر : لسان العرب (بخر) (220) .

(3) الحمى : موضع فيه كلأ يحمى من الناس أن يرعى ، أحمى المكان : جعله حمى لا يقرب ، قال الأصمعي : حمى فلان الأرض يحميها حمى لا يقْرب . انظر : لسان العرب (حمى) (1014) .

(4) الوبر : صوف الإبل والأرنب ونحوها ، والجمع (أوبار) . انظر : لسان العرب (وبر) (4752) .

(5) في (ك) : [لقوله] .

(6) في (ك) : [مسببا] .

(7) زيادة من (ك) .

(8) ساقطة من (ك) .

ضعف المعارض في دلالةِ الالتزام بطريقِ الأولى ، وإنما قلنا : إن المطابقةَ أقوى معارضةً للنية ؛ لأن المطابقةَ هي الأصلُ المقصودُ بوضعِ اللغة ، وغيرها إنما يفيدُه اللفظُ تبعًا لها ، والأصلُ أقوى من التابعِ ، ومع ذلك إذا عارضت النية المطابقة وصرفت اللفظ عن مدلوله المطابق للمجاز صَحَّ إجماعًا ، مع أن اللفظَ يمنعها من ذلك ، ويقتضي مسماه بطريقِ الحقيقةِ ، فقد قدمت النيةُ على اللفظ المطابق وهو أقوى في المعارضةِ من دلالة الالتزام فأولى أن تُعْتَبَرَ النيةُ في دلالةِ الالتزام ، ويصرف عمومُ اللازم إلى خصوصِه وتقييد مطلقه وجميع ما أجمعنا عليه في المدلول المطابق بطريقِ الأولى وهو المطلوبُ .

1766 - وثالثها : أنا وجدنا الاستثناءات في لسانِ العرب دخلت على العوارضِ الخارجة عن المدلولِ المطابقِ واللوازمِ ، ولفظُ الاستثناء إنما هو فرع عن إرادةِ المعنى الذي قصد لأجله الاستثناء ، فإن اللفظَ تابعٌ [1] لإرادةِ المعنى فإنه يقصد به إفهام السامع ما في نفس المتكلم ، فمتى دَخَلَ الاستثناءُ في المدلولِ التزامًا دَلَّ ذلك على دُخُولِ النية قبلَه في المدلولِ الالتزامي ، وبيان دخول الاستثناء في المدلول التزاما أو بطريق العرض من وجوه :

1767 - أحدها : قوله تعالَى حِكَايةً عن يعقوبَ عليه السلام : ﴿ لَتَأْتُنَّنِي بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ ﴾ [يوسف : 66] هذا استثناءٌ من الأحوالِ العارضةِ أو اللازمةِ لمعنى الإتيان ، وتقديرُ الكلام لتأتنني به في كل حالةٍ من الحالاتِ [2] إلا في حالةِ الإحاطةِ بكمُ فإني لا أُلزِمُكُمُ الإتيانَ به فيها لقيامِ العذرِ حينئذ .

1768 - وثانيها قوله تعالى [3] ﴿ وَمَا يَأْتِيهِم مِّن ذِكْرٍ مِّنَ ٱلرَّحْمَٰنِ مُحْدَثٍ إِلَّا كَانُوا۟ عَنْهُ مُعْرِضِينَ ﴾ [الشعراء : 5] ، وفي الآيةِ الأخرى ﴿ إِلَّا ٱسْتَمَعُوهُ وَهُمْ يَلْعَبُونَ ﴾ [الأنبياء : 2] أي لا يأتيهم في حالةٍ من الأحوال إلا في هذه الحالة من لَهْوِهِم وإعْرَاضِهِم فقد قصد إلى حالة اللّهوِ والإعراضِ بالإثباتِ ، ولغيرها من الأحوالِ بالنفي ، والأحوالُ أمورٌ خارجةٌ عن المدلولِ المطابقِ ، وإذا كانتْ خارجةً فإن كانتِ الأحوالُ لازمةً فقد دخلتِ النيةُ في المدلولِ التزامًا ، وإن كانتْ عارضةً فقد دخلتِ النيةُ في العوارضِ ، وإذا دخلت في العوارضِ دَخَلَتْ في اللوازمِ بطريقِ الأولَى ، فإن العارضَ أبعدُ عَنْ مَدْلُولِ اللفظِ مطابقةً من اللازمِ ضرورةً ، فإذا تصرفتِ النيّة في البعيدِ أولَى أن تتصرفَ في القريب ؛ لأنه أشبه بالمطابقة المجمع عليها من العارض لبعده عن المطابقة .

---

(1) في (ص) ، (ك) [متبع] .
(2) في (ص ، ك) : [الأحوال] .
(3) في (ك) : [ﷻ] .

1769 - (وثالثها) أنه قصد إلى المدلول التزامًا من غير استثناء بل بالنية المجردة ، ودل الدليل الخارجي على ذلك ، وهو عين صورة النزاع ويدل عليه وجوه :

1770 - (أحدها) قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ ﴾ [المائدة : 3] والمدلولُ مطابقةً في هذه الآية غيرُ مراد [1] ، فإن الأعيانَ لا تحرم ، بل الأفعالُ المتعلقةُ بها وهي الأكلُ والتناول ، فقد قصدت بالتحريم من غير لفظٍ يدلُّ على ذلك مقارن بل الأدلة الخارجةُ أفادتنا ذلك ، وهذه الأفعالُ إن كانت لازمةً حصل المقصودُ لوجود تصرف النية فيها بإضافةِ التحريم إليها دون غيرها ، ولا سيما أن النيةَ تعين في كل عين الفعل المناسب لها ، فتعين في الخمر الشرب ، وفي الميتة الأكل ، وكذلك جميع الأعيان الواردة في النصوص ، وإن كانت هذه الأفعالُ المقصودةُ عارضةً ، وقد تصرفت النيةُ فيها فالأولى [2] أن تتصرفَ في اللازمِ ؛ لأن اللازمَ أقربُ للمطابقةِ من العارض .

1771 - وثانيها : قولُه تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ ﴾ [النساء : 23] والمراد الاستمتاع المتعلق [بهن دون أعيانهن] [3] المذكورة في الآية ، ووجهُ [4] التقديرِ [5] ما تقدم في الخمر والخنزير [6] .

1772 - وثالثها قولُه تعالى : [7] ما ترددت في شيء أنا فاعلُه ترددي في قبضِ روح عبدي المؤمن يكرهُ الموتَ ، وأنا أكره مساءته ، ولا يكون إلا ما أريد [8] .

1773 - قال العلماءُ : التردد على اللهِ تعالى محالٌ ، غير أنه لما جرتِ العادةُ أن كل شخص أنت تعظمه وتهتم به فإنك تترددُ في مساءته نحو ولدك وصديقك ، ومن لا تعظمه كالعقرب والحية وعدوك فإنه [9] إذا خطر ببالك [10] إيلامُه ومساءتُه لا تترددُ في

---

(1) في (ص ، ك) : [ليس مرادا] . (2) في (ص) ، (ك) : [فأولى] .

(3) في (ص) ، (ك) : [بها دون أعيانها] . (4) ساقطة من (ك) .

(5) في (ص ، ك) : [التقرير] .

(6) قال ابن الشاط : قلت : ليس ما قاله هنا من أن دلالة اللفظ في قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ ﴾ دلالة التزام بصحيح بل هي دلالة مطابقة عرفا . وكانت الدلالة قبل العرف بلفظ الميتة دلالة مطابقة على الميتة نفسها ثم صارت بعد العرف دلالة مطابقة علي أكلها وكذلك كل دلالة عرفية إنما هي دلالة مطابقة على ما صارت فيه عرفا . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (68/3) .

(7) أي في الحديث القدسي ، وفي (ص ، ك) : [ﷺ] .

(8) أخرجه : البخاري (رقاق) (602) ، أحمد 256/6 ولفظه : « ما ترددت عن شيءٍ أنا فاعله ترددي عن نفس المؤمن يكره الموت وأنا أكره مساءته » .

(9) في (ط) : [فإنك] . (10) في (ط) : [إذا خطر بقلبك] .

ذلك ، بل تبادرُ إليه ، فصارَ الترددُ لا يقعُ إلا في موطنِ [1] التعظيمِ ، وعدمُه في موطنِ الحقارةِ ، وإن كان الترددُ في الإحسانِ انعكسَ الحال ، فيحصلُ في حق الحقيرِ دُونَ العظيمِ ، إذا تقررَ هذا قال العلماءُ المتحدثونَ على هذا الحديثِ : المراد بذكرِ الترددِ في هذا الحديث الدلالةُ على عظمِ منزلةِ المؤمنِ عند اللّه تعالى ، وعبر باللفظ المركب عما يلزمه وهو في نفسه ليس مرادًا ، فيصير معنى الحديث منزلة المؤمن عندي عظيمةً ، وجميعُ ما وقع في مدلولِ هذا المركب لَيْسَ مرادًا ، فقد قصد إلى لازمِ اللفظِ ، وأُضِيفُ إليه الحكمُ [2] ، وهذا بعينه هو تصرفُ النية ، فإن النية هيَ القصدُ بعينه ، وإذا [3] صَحَّ القصدُ صَحّتِ النيةُ في اللازِم وهوَ المطلوبُ ، فهذه وجوهٌ واضحةٌ في دخولِ النياتِ والمقاصدِ في المدلولِ التزاما في مقتضى اللغة ، وبها يظهرُ الجوابُ عَمّا اعتمدوا عليه .

1774 - أما الأول وهو قولُهم : نفيناه [4] فيما عدا المطابقة على مقتضى الأصل .

فجوابه أن ما ذكرناه من الأدلةِ والاستعمالاتِ دَلَّ على مخالفة الأصلِ ، وأن العربَ أجازتِ النيةَ في الالتزامِ كما أجازتها في المطابقةِ ، ثم إن الأصل معارضٌ بأن الأصلَ عدمُ الحجر علينا .

1775 - وأما الثاني وهو قولُهم : إن الاستقراءَ دَلَّ عَلَى عَدَمِ دُخُولِ النيةِ في المدلولِ التزاما ، فما ذكرنَاهُ مِنَ النصُوصِ والاستعمالاتِ يُبْطِلُ استقرَاءَهُمْ والمثبتُ مُقَدَّمٌ عَلَى النافي .

1776 - وأما الثالث وهو قولُهم : لو صَحَّ دخولُ النيةِ في المدلولِ التزامًا لصَحَّ المجازُ في كل شيء هو لازم .

1777 - قلنا : وإنه كذلك فإنه يصحُّ عندنا التجوزُ لكل لازم العلاقة عندنا الملازمة وهي حاصلة بل يصح عندنا المجاز في غير اللازم كالتعبيرِ بلفظِ الجزء عن الكلِ مع أن الكلَّ لازمٌ للجزء ، وأما ما ذكرتموه من المثال فذلك المنع إنما جاءَ من خصوص كونهِ مجازَ تشبيهٍ لا من عموم كونه مجازًا فإنا نشترطُ في مجازِ التشبيه أظهرَ صفاتِ المتجوز عنه ، ولا يصحُّ التشبيه بالمعاني الخفية ، فهذا بحث خاص بالاستعارة التي هي [5] مجازُ تشبيهٍ ، وماعدا ذلك من أنواعِ المجازِ فهذا الشرطُ فيها ساقطٌ ، ولا يلزم من امتناعِ أمرٍ في الأخصِّ أن يمتنع في الأعم منه ، فلا يلزم إذا حرم قتل الإنسان أن يحرم قتلُ مطلقِ

(1) في (ك) : [موضع] .
(2) في (ك) : [حكم] .
(3) في (ص ، ك) [فإذا] .
(4) في (ص ، ك) : [نفينا] .
(5) ساقطة من (ك) .

الحيوان ، ولا من [1] تحريمِ شربِ الخمر أن يحرم مطلق المائعِ [2] ، ولا من [3] تحريمِ لحمِ الخنزير أن يحرم مطلق اللحم ، فلا يلزم من امتناع خاص في مجاز التشبيه أن يحصل الامتناع في أصل المجاز ، بل الذي نعتقدُه أن التجوزَ [4] يصحُّ في كل لازم إلا ما تقدم من مجازِ التشبيهِ خاصَّةً ، فهذا تلخيصُ هذه المسألِة والحجاج فيها .

1778 - المسألة الخامسة : دخولُ النيةِ في تعميمِ المطلقات ، وصورتُه أن تقول : واللّه لأكرمن أخاك [5] وتنوي بذلك جميعَ إخوتك ، فإنَّ قوله : أخا [6] مطلق ، فإذا أراد جميع إخوتك فقد عمم المطلق [7] ، ومثله قوله تعالى [8] ﴿ ثُمَّ [9] نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ﴾ [الحج : 5] فإن طفلًا نطلق مفردٌ لا يتناول إلا فردًا واحدًا ، وهو القدرُ المشتركُ بين جميعِ الأطفالِ [10] ، ومع ذلك فالمرادُ به جميعُ الأطفالِ عَلَى سبيلِ العمومِ ، فإن جميعَنا لا يخرج طفلًا واحدًا بل أطفالًا ، فمعنى الطفولية مضافةٌ لكل بشر [11] منا ، فيحصلُ العمومُ في الأطفالِ كما أنا نَحْنُ غَيْرُ متناهين ، وتوزيعُ الحقيقةِ الحاصلةِ من الطفولية على مالا يتناهى يُوجِبُ أن يحصلَ منها أفرادٌ غير متناهيةٍ ، فقد وَرَدَ هَذَا المطلقُ فِي كِتَابِ

(1) ساقطة من (ص) .

(2) المائع : ماع يميع ميعًا ومائعًا . جرى على وجه الأرض جريًا ، المائع : الذائب ، ومنه سميت الميعة وهي سيلان الشيء المصبوب ؛ لأنها سائلة ، والميعة والمائعة : ضرب من العطر . انظر : لسان العرب (ميع) (4309) .

(3) ساقطة من (ص) و (ك) . (4) في (ك) : [التجويز] .

(5) في (ك) : [أخالك] . (6) في (ك) : [أخالك] .

(7) قال ابن الشاط : قلت : ليس ما قاله هنا بصحيح فإن أخاك معرفة وليست المعرفة مطلقة في عرف الأصوليين ، وإنما المطلق في عرفهم النكرة في سياق الإثبات فكان حقه أن يقول والله لأكرمن أخاك وما أشبه ذلك وإنما أوجب غلطه في ذلك شبهة الاشتراك في لفظ المطلق باعتبار اصطلاح الأصوليين والمنطقيين فإن اصطلاح الأصوليين في المطلق أنه الواحد المبهم ، وفي اصطلاح المنطقيين الكلي ، وقد يكون نكرة كما في قولهم : تمرة خير من جرادة ومعرفة بالألف واللام كقولهم الرجل خير من المرأة ومعرفة بالإضافة كقولهم أخاك أخاك إن من لا أخا له كساع إلى الهيجا بغير سلاح) فانه لم يرد أخا واحدا مبهما وإنما أراد هذا النوع على الجملة . انظر : ابن الشاط : بهامش الفروق 70/3 . (8) ساقطة من (ك) .

(9) في (ص ، ك) : [و] .

(10) قال ابن الشاط : قلت : هذا كلام فاسد وقول غير صحيح فإن القدر المشترك وهو الكلي ليس فردا واحدا عند مثبتيه ، وإنما الفرد الواحد واحد مبهم غير معين مما فيه المعني المشترك وهو أشهر نوعي النكرة وأكثرهما استعمالا في لغة العرب فإن النكرة في لغة العرب على نوعين : أحدهما : يراد به الفرد المبهم في مثل قول القائل اكرم رجلا ، وثانيهما : يراد به هذا الجنس لا فرد منه مبهم في مثل قول القائل : رجل خير من امرأة . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 70/3 . (11) ساقطة من (ص) .

اللّهِ تعالى [1] والمرادُ به العمومُ [2] ، [فإذا أراد] [3] الحالفُ تعميمَ حكمِ اليمينِ بالنيةِ كما إذا صَرَّحَ بالعمومِ ، فإن كانَ في سياقِ [4] الثبوتِ فلا يبرأ إلا بحصولِ الفعل في جميعِ أفرادِ ذلك العمومِ ، وإن كانَ في سياقِ النفي حَنَثَ بواحدٍ من ذلك العمومِ ، وانحلت اليمينُ بأي فردٍ حنث فيه ، مع أن سياقَ النفي اللفظُ فيه عامٌّ ، فإن النكرةَ في سياقِ النفي تَعُمُّ ، وإنما يظهرُ أثرُ ذلك وتأثيرُ النيةُ في سياقِ الثبوتِ خاصة .

1779 - المسألة السادسة : تعيينُ فردٍ من أفرادِ اللفظِ المشتركِ [5] بالنيةِ فإنه يؤثرُ في تعيين ذلك الفرد لليمين ، كقوله : واللّه لأنظُرَنَّ إلى عينٍ ، ويريد بهذا اللفظ المشترك أحدَ مسمياته ، وهو العينُ الباصرة مثلا دون عينِ الماء وعينِ الشمس وعينِ الركبة ، فلا يبرأ إلا أن ينظرَ إلى الباصرةِ بسبب تعيينها بالنيةِ ، فهذا قسمٌ يستقلٌ بنفسه دون تخصيص العمومات وتقييدِ المطلقات والصرفِ إلى المجازاتِ ؛ لأن اللفظَ ينطبقُ على ما عينه حقيقة من غير زيادة ولا نقصان ، وفي بقية الصور ليس كذلك .

1780 - المسألة السابعة : تصرفُ النيةُ بالصرفِ إلى المجازاتِ وترك حقيقة اللفظ بالكلية كقوله : واللّه لأضربن أسدًا ويريدُ رجلًا شجاعًا فلا يبرأ إلا بضرب رجل شجاع ، ولو ضربَ الأسدَ الحقيقيَّ ما برأ ، وكذلك بقيةُ أنواعِ المجازاتِ من [6] استعمالِ لفظِ الكُلِّ في الجزءِ ، ولفظِ الجزءِ في الكُلِّ ، ولفظِ السببِ في المسببِ ، ولفظِ المسببِ في السببِ ، ولفظِ الملزومِ في اللازمِ ، ولفظِ اللازمِ في الملزومِ ، إلى غير ذلك من أنواع المجازات [7]

---

(1) ساقطة من (ك) .

(2) قال ابن الشاط : قلت : لا يصح أن يكون المراد به في الآية العموم ؛ فإن العموم لابد أن يكون متناولًا لجميع الآحاد الممكنة ، ولا يتجه ذلك في الآية إذا لو قال : ونخرجكم جميع الأطفال الممكنة لم يكن كلاما صحيحا ، وإنما العموم في الآية مستفاد من ضمير الجمع المتصل ب « بتخرج » وهو عموم في المخرجين لا في كل ممكن ثم جاء لفظ طفل مبينا للحالة التي يكون الإخراج فيها ، وهو حالة الطفولية أما على تقدير ونخرج كل واحد منكم ؛ لأن ونخرجكم في معناه ، وأما على أن « طفلا » اسم جنس فناب مناب اسم الجمع كناس ونفر واللّه أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (71/3) .

(3) في (ك) : [فإن إرادة] . (4) في (ص ، ك) : [مساق] .

(5) قال ابن الشاط : قلت : جميع ما قاله في ذلك صحيح إلا عبارته بفرد عن أحد مسميات اللفظ المشترك فإن الأولى كان أن يقول : تعين أحد مسميات اللفظ المشترك لأن الفرد في الاستعمال الغالب إنما يراد به الواحد الشخصي لا الواحد النوعي . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 71/3 .

(6) في (ك) : [في] . (7) في (ص) ، (ك) : [المجاز] .

المذكورةِ [1] في أصول الفقه ، وهي خمسةَ عشرَ نوعًا ، فهذه المسائلُ السبعةُ هي تفصيلُ ما يؤثر فيه النيةُ مستوعبةً بحيث لم يَبْقَ بعدهَا موطنٌ آخرُ [للنية البتة] [2] في الأيمانِ والطلاقِ ونحوها .

1781 - المسألة الثامنة : وهي من [3] المسائلِ التي لا تؤثر فيها النيةُ ، وهي مسألةُ الاستثناءِ بمشيئةِ اللّه تعالى ، وسببَ عدم تأثيرها في هذه المسألة أن قولَه [ﷺ] [4] : « من حلف واستثنى عاد كمن لم يحلف » يقتضي أن الاستثناءَ بالمشيئةِ سببٌ رافعٌ لحكم اليمين ؛ لأن القاعدةَ أن ترتب الحكم على الوصفِ يقتضي عليه ذلك الوصفُ لذلك الحكم وسببيته ، وهاهنا قد رتب صاحبُ الشريعة [5] حكمَ ارتفاع اليمين على وصف الاستثناء بمشيئة اللّه تعالى [6] فيكونُ الاستثناءُ بمشيئة اللّه تعالى [7] هو سببَ ارتفاع حكم اليمين لقوله [عليه الصلاة والسلام] [8] « عاد كمن لم يحلف » [9] ، وهذا إشارةٌ إلى ارتفاعِ حكمِ اليمينِ ، فإذا [10] كان الاستثناءُ هو سببَ ارتفاعِ حكمِ اليمينِ ، والقاعدةُ أن الأسبابَ الشرعيةَ يَتوقف حصولُ مسبباتِها على حُصُولِهاَ ، وأنَ القصدَ إليها لا يَقُومُ مقامها ، فإن القصدَ إلى الصلاةِ لا يقومُ مقامَ الصلاةِ حتى يكون سبب براءة الذمة منها ، والقصدُ إلى السرقةِ لا يقومُ مقامَ السرقةِ ، فيجبُ القطعُ بمجردِ القصدِ ، بل لا يَتَرَتَّبُ الحكمُ [11] إلَّا على وجودِ سببهِ [12] فلذلك لم تقم النيةُ مقامَ الاستثناءِ بمشيئةِ اللّهِ تعالى في حَلِّ اليَمِينِ ، بل لابُدَّ مِنَ النطقِ به عَلَى شُرُوطِهِ ، وحينئذٍ يَتَرَتَّبُ [رفعُ اليمينِ] [13] ، فَهَذَا وَجْهُ عَدَمِ تأثيرِها فِي مَسْأَلَةِ المشيئةِ .

قال اللخمي : وعلى القول بانعقاد اليمين بالنية يصح الاستثناء بالنية من غير لفظ

---

(1) في (ك) : [المذكور] .

(2) ساقطة من (ص) ، وفي (ك) : [لا لينة] .

(3) في (ص ، ك) : [أول] .

(4) في (ص ، ك) : [عليه السلام] .

(5) في (ص ، ك) : [الشرع] .

(6) ساقطة من (ص) و (ك) .

(7) ساقطة من (ك) .

(8) في (ص ، ك) : [عليه السلام] .

(9) أجمعوا على أنه إذا اجتمع في الاستثناء ثلاثة شروط كان له تأثير في حل اليمين ، والشروط الثلاثة هي :
الأول : أن يكون متناسقا مع اليمين . الثاني : أن يكون ملفوظا به .
الثالث : أن يكون معقودا من أول اليمين أنه لا ينعقد معه اليمين . انظر : بداية المجتهد (479/1) .

(10) في (ص ، ك) : [إذا] .

(11) ساقطة من (ص ، ك) .

(12) في (ك) : [لمسببه] .

(13) في (ص) : [حكم اليمين] ، وفي (ك) : [حكم رفع اليمين] .

المشيئة [1] .

1782 - المسألة التاسعة : التي لا تؤثرُ فيها النيةُ : الاستثناءُ من النصوصِ نحو : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلا واحدة ، واللّه لأعطينك ثلاثةَ دراهمَ إلا درهمًا ، فلو نوى بالطلاقِ الثلاثِ طلقتين ، وبالدراهمِ الثلاثِ درهمين فهذا لا يصحُّ إلا بالاستثناءِ ولا تكفي هذه [2] النيةُ لأنها لو كفته لدخَل المجَازُ في النصوص ، وهو لا يدخلُ فيها ، ولا معنى للمجاز إلا استعمالُ الثلاث في [3] الاثنين ، وإنما يصح المجاز في [4] الظواهر ، و قد تقدم بيانه فلا [5] يمكن أن تقوم النية هاهنا [6] مقام هذا [7] الاستثناء البتة .

1783 - المسألة العاشرة : التي لا تنوب فيها النية ولا تؤثرُ قال اللخمي : قال محمدٌ : إذا قال : « واللّه لقيت القومَ » ونوى في نفسه إلا فُلَانًا لا تجزئُ فيه النيةُ عن قوله : إلا فلانا [8] ويحنث ؛ لأنه لم يَلْقَهُ ، وسببُ ذلك أنه لو قَصَدَ التخصيصَ والمحاشاةَ نفعه ، لأنه مجازٌ في الظاهرِ [9] ، والمجازُ في الظاهرِ تكفي فيه النيةُ ، ولكنه قَصَدَ إلى الإخراجِ باللفظِ ، ولم يَقْصِدِ الإخراجَ بالنيةِ ، والنيةُ شأنُها أن تؤثر لا أنها تقوم مقامَ مؤثرٍ آخرَ ، ويضاف [10] التأثير لذلك المؤثرِ الآخرِ ، وهو قصدُ أن يكونَ الإخراجُ للاستثناءِ لا للنية ، ونوى الاستثناء ، فمن هاهنا هو سبب عدمِ تأثيرِها وعدمِ اعتبارها ، ولو قصدَ الإخراجَ

(1) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في هذه المسألة فيه نظر من جهة أن الاستثناء بمشيئة اللّه تعالى لا تأثير له إلا إن كان مقصودا به رفع اليمين أو حلها فهو - أعنى الاستثناء بمشيئة اللّه تعالى - دليل على قصد رفع اليمين ، وإذا كان الأمر كذلك فما المانع من الاكتفاء بقصد رفع اليمين الذي لفظ الاستثناء بمشيئة اللّه تعالى دليل عليه إلا أن يكون في بعض روايات حديث الاستثناء بمشيئة اللّه تعالى ما يدل على اشتراك اللفظ بذلك دون القصد فقط ، ولا أعلم ذلك الآن فلينظر فإن المسألة لا ينبني التحقيق فيها إلا في ذلك وما نظر به من أن القصد إلى الصلاة لا ينوب منابها ، وكذلك ما عداها من الأعمال إنما كان فيها ذلك كذلك لأنه فهم من مقتضى الشرع أن المراد أعيان تلك الأعمال ، فإن ورد دليل واضح على أن المراد عين استثناء المشيئة لفظا استوى الأمر في الاستثناء وسائر الأعمال وإلا فلا ، وما حكاه عن اللخمي متجه ، ولقائل أن يقول إذا ثبت اشتراك اللفظ في الاستثناء بمشيئة اللّه تعالى فلابد منه وإن انعقدت اليمين على نية القول بذلك واللّه أعلم انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 72/3 .

(2) في (ك) : [فيه] .

(3) في (ك) : [إلا في] .

(4) في (ك) : [من] .

(5) في (ك) : [ولا] .

(6) في (ك) : [هنا] .

(7) زيادة من (ص ، ك) .

(8) ساقطة من (ص ، ك) .

(9) في (ص ، ك) : [ظاهر] .

(10) في (ص ، ك) : [مضاف] .

بِهَا هِي نَفعُه ذلك [1] ، لكن قصد بها لفظًا مخرجًا [2] لا الإخراج ، قال : وقيل : تنفعُه النيةُ ، وتنوبُ منابَ الاستثناءِ [3] لحصولِ المقصودِ منهما على حدٍّ سواء ، والمحلُّ قابلٌ لهما بخلاف ما [4] لو أقامها مقامَ الاستثناءِ في النصوصِ نحو الإخراجِ من العشرة ، فإنه لا ينفعُه ذلك ؛ لأن المحلَّ ليس قابلًا للمجاز البتة ، فلا تؤثرُ فيه النيةُ [5] بمفردها ، فلا تقومُ مقامَ الاستثناءِ فيه بخلافِ الألفاظِ الظواهرِ ، فتأملْ هَذِه الفروقَ ، فهذه [6] عشرُ مسائِلَ اتضحَ بها الفرقُ بين قاعدةِ ما تؤثر فيه النيةُ وقاعدةِ مالا تؤثرُ فيه النيةُ ، سبعةٌ منها تؤثر فيها النية [7] وثلاثةٌ لا تؤثر فيها ، فهذا بيانُ الفرقِ تفصيلًا ، وقد [8] تقدم أولَ الفرقِ تحريرُه عَلَى سَبيلِ الإجمالِ والتحديدِ .

---

(1) زيادة من (ك) .

(2) في (ك) : [محرما] .

(3) في (ص) و (ك) : [إلا] .

(4) ساقطة من (ص) .

(5) ساقطة من (ك) .

(6) في (ص ، ك) : [فهي] .

(7) ساقطة من (ص) .

(8) ساقطة من (ص ، ك) .

الفرق الحادي والثلاثون والمائة

بين قاعدة الانتقال من الحرمة إلى الإباحة و [1] يشترط فيها أعلى الرتب وبين قاعدة الانتقال من الإباحة إلى الحرمة يكفي فيها أيسر الأسباب

1784 - وقعت في الشريعةِ صورٌ كثيرةٌ تقتضي الفرقَ بين هاتين القاعدتين :

1785 - أحدها : أن العقدَ على الأجنبيةِ مباحٌ فترتفع [2] هذه الإباحةُ بعقدِ الأبِ عليها من غير وطء ، والمبتوتة لا يذهب تحريمها إلا بعقد المحلل ، ووطئه ، وعقد الأول بعد العدة [3] ، وهذه رتبةٌ فوقَ تلك الرتبةِ النافلة عن الإباحة بكثير .

1786 - وثانيها : المسلم مُحَرَّمُ الدمِ لا تذهبُ هذه الحرمةُ إلا بالردةِ [4] أو زِنًا بعد

---

(1) زيادة من (ص ، ك) . (2) في (ص ، ك) : [فتلدفع] .

(3) كل زوج وقع طلاقه على كل زوجة من صغيرة أو كبيرة ، عاقلة أو مجنونة إذا استكمل طلاقها ثلاثا مجتمعة أو متفرقة ، قبل الدخول أو بعده فهي محرمة عليه حتى تنكح زوجا غيره ، ويدخل به الثاني فتحل بعده للأول بعقد الثاني وإصابته ، وهو قول الجماعة .

وقال سعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير : تحل للزوج الأول بعقد الثاني وإن لم يصبها ، فجعلا الشرط في إباحتها للأول عقد الثاني دون إصابته استدلالا بعموم قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ واسم النكاح يتناول العقد دون الوطء ، ولأنه لما ثبت بمجرد العقد تحريم المصاهرة ثبت به حكم الإباحة .

والراجح أنها لا تحل للأول إلا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموأل أنه طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا في عهد رسول الله ﷺ فنكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها ، فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنهاه عن تزويجها وقال : لا تحل لك حتى تذوق العسيلة .

وفي رواية أنها أتت رسول الله ﷺ فذكرت زوجها وقالت : إنما معه كهدبة الثوب فقال : لعلك تريدين رفاعة ، لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك . وعلى ذلك لا تحل للأول بعد الطلاق الثالث إلا بخمسة شروط :

1 - أن تنقضي عدتها منه . 2 - أن تنكح غيره .

3 - أن يطأها . 4 - أن يطلقها إما ثلاثا أو دونها .

5 - أن تنقضي منه عدتها فتحل للأول .

انظر : الحاوي الكبير للماوردي (212/13 ، 214) . وبداية المجتهد لابن رشد (131/2 ، 132) .

(4) لا تذهب حرمة دم المرتد إلا بعد استتابته ثلاثا .

جاء في المعونة « يستتاب المرتد ثلاثا فإن تاب قبلت توبته ، وإن أبى قتل لما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه بلغه أن رجلا ارتد فقتل قبل أن يستتاب فأنكر ذلك ، وقال : هلا حبستموه ثلاثا ، وأطعمتوه كل يوم رغيفا فإن تاب وإلا قتلتموه ؟ انظر : المعونة على مذهب عالم المدينة (1361) ، بتصرف وتغيير يسيرين .

إحصان [1].[2] أو قتلِ نفسٍ عمدًا و [3] عدوانًا [4] ، وهي أسبابٌ عظيمةٌ ، فإذا أُبِيحَ دَمُه بالردة حَرُمَ بالتوبة ، وفي القصاص بالعفو وفي الزنا بالتوبة على خلاف بين العلماء ، أما عند الإمام [5] مالكٍ فلابد من رجمِه ، ولو [6] تابَ ووقع الاتفاقُ فيما علمت على المحارب إذا تابَ من قبل أن يُقْدَرَ عليه أنه يسقطُ عنه الحدُ ، وتزولُ إباحةُ دمه ، والتوبة أيسرُ من الردةِ والقتل [7] ، وأقلُّ تحتُّمًا على العبد .

1787 - وثالثها : الأجنبيةُ لا يزولُ تحريمُ وطئها إلا بالعقدِ المتوقفِ على إذنها ووليها وصداقٍ وشهودٍ ، وإباحتُها بعد العقد يكفي فيها الطلاقُ فترتفع تلك الإباحةُ بالطلاق الذي يستقل الزوج به من غير زيادة [8] .

1788 - ورابعها : الحربي مباحُ الدم تزولُ [9] إباحتهُ بالتأمين وهو سببٌ لطيفٌ ، وإذا حرم دمه بالتأمين لا يباحُ إلا بسبب قوي يزيل تلك الإباحة من خروج علينا أو قصد لقتلنا حرابة وخروجا على الإمام العدل ، وكذلك تزول إباحة دمه بعقد الجزية فإذا حرم دمه بعقد الجزية لا يباح دمه بكل المخالفات لعقد الجزية ، بل لابد من مخالفة قوية

(1) في (ص ، ك) : [الإحصان] .

(2) الدليل على أن الزاني المحصن يرجم أن رسول الله ﷺ رجم ماعزا ورجم امرأة من جهينة ، ورجم يهوديين ، وامرأة من عامر من الأزد .

وفي حديث عمر بن الخطاب ﷺ لولا أن يقال عمر زاد في كتاب الله لكتبت « الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة » وروي الرجم عن عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم قولا وفعلا ولا خلاف فيه ولا يلتفت إلى ما يحكى عن الخوارج من نفيه . انظر : المعونة على مذهب عالم المدينة (1375) ، وبداية المجتهد (629/2) .

(3) زيادة من (ك) .

(4) اتفق الفقهاء على أن القاتل الذي يقاد منه أي يقتص منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلا بالغا مختارا للقتل مباشرا غير مشارك فيه غيره . انظر : بداية المجتهد (576/2) .

(5) زيادة من (ك) .

(6) في (ص ، ك) : [وإن] .

(7) قال البقوري : قلت : بل التوبة أصعب أما من القتل فظاهر ؛ لأن القتل فعل جسماني يثيره غضب ، والتوبة فعل قلبي يثيره معرفة الحق ، والتوفيق إلى الحق بما عرف ، وشتان بين الأمور القلبية والأفعال الجسمانية ، فكيف إن زدنا في النظر إلى الأسباب . وأما أن الردة أيسر من التوبة فلأن الردة يثيرها الجهل ، والتوبة تثيرها المعرفة ، والجهل أصل في الإنسان ، والمعرفة ثانية .

انظر : ترتيب الفروق واختصارها للبقوري (189/1) .

(8) قال البقوري : قلت : يعارض بأن يقال : الأجنبية لا تزول إباحة العقد عليها لزيد إلا بعقد عمرو عليها متوقف على إذنها ووليها وصداق . انظر : ترتيب الفروق واختصارها للبقوري (189/1 ، 190) .

(9) في (ك) : [يلزم] .

كالتمرُّدِ على الإمام [1] ونبذ العهد مجاهرةً ، وغير ذلك من الأمور المحتاجةِ إلى قوةٍ شديدة ، ومناقشةٍ عظيمةٍ ، ونظائرُ هذه القاعدة في الشريعة كثيرةٌ ، وهذا الفرقُ واقعٌ فيها بين القاعدتين الخروج من الإباحة إلى التحريم ، والخروج من التحريم إلى الإباحة ، وقد رام الأصحابُ تخريجَ الحنث [2] ببعض المحلوف عليه على هذه القاعدة ، فإن الحنث خروجٌ من الإباحة إلى التحريم [3] فيكفي فيه [4] أيسرُ سببٍ فيحنثُ بجزء المحلوف عليه ، إذا حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل منه لبابه ؛ لأنه على بر و إباحة حتى يحنث ، ولا يبرأ إذا كان على حنث إلا بفعل الجميع إذا حلف ليأكلنه فلا [5] يبرأ إلا بأكل جميعه ؛ لأنه على حنث حتى يَبَرَّ ، فهو خارج من حرمةٍ إلى إباحةٍ ، وهذا التخريجُ ضعيفٌ ، فإنهم إن ادعوا هذه القاعدة المتقدمةَ كليةً في الشريعة منعناها لاندراج صورة النزاع فيها ، فللخصم منعها وهو الإمام [6] الشافعي [ﷺ] [7] ولأن هذه الصورَ [8] المتقدمةَ صورٌ [9] قليلةٌ ، ولو كانت كثيرةً وضموا إليها أمثالَها ، فالقاعدةُ أن الدعوةَ العامة الكلية لاتثبت بالمثلُ الجزئية [10].[11] ، فإنها لو انتهت إلى الألف احتمل أنها جزئية لا كلية ، فكم من جزئيةٍ مشتملةٍ على أفرادٍ كثيرةٍ ، ألا ترى إلى قولنا : كلُّ عددٍ زوجٌ كلية باطلة ، بل إنما تصدق جزئية في بعض الأعداد ، [وتلك الأعداد] [12] التي هي زوج كثيرة جدًّا لا يحصى عددها ، ومع ذلك فالكلية كاذبة لا صادقة ، وإن [13] ادعوا أنها جزئية فيحتاجون إلى دليل آخر يوجب كون صورة النزاع كذلك ، فإن كان ذلك الدليل [14] القياس فأين الجامعُ المناسبُ لخصوص الحكم السالم عن الفوارق أو الدليل غير القياس ، فأين هو ؟ لابد من بيانه .

---

(1) في (ص ، ك) : [الأحكام] .
(2) في (ص) : [التحنيث] .
(3) في (ص ، ك) : [الحرمة] .
(4) في (ك) : [فيها] .
(5) في (ك) : [ولا] .
(6) زيادة من (ك) .
(7) ساقطة من (ك) .
(8) في (ط) : [الصورة] .
(9) في (ط) : [الصورة] .
(10) في (ص ، ك) : [الحرمة] .
(11) قال البقوري : قلت : كلامه هذا يؤذن بأنه ما ارتضى التقرير الذي قرره أولا ، ولكن ما ذكره من أن القاعدة الكلية لا تثبت من حيث جزئيات هذه المسألة هي مثل الاستقراء ، والاستقراء ليس بدليل في القطعيات ، وهو دليل في الظنيات ، والمسائل الفقهية ظنية لا قطعية .
انظر : ترتيب الفروق واختصارها للبقوري (191/1) .
(12) زيادة من (ص ، ك) .
(13) في (ص ، ك) : [فإن] .
(14) زيادة من (ص ، ك) .

وَخَرَّجَ أيضًا [1] بعضُ الأصحابِ هذه المسألةَ على قاعدةِ الأمرِ والنهي ، فقال : إذا حلف ليفعلن فهو كالأمر ، أولا يفعل فهو كالنهي ، والنهيُ عن الشيء نهي عن أجزائه ، فيكون فاعلُ الجزء مخالفًا ، والمخالفُ حانثٌ ، فيكون فاعلُ الجزء حانثًا ، وهو المطلوبُ ، وهذه الطريقةُ أيضًا ضعيفة ؛ لأن هذه القضية التي ادعاها هذا المخرج منعكسة ، بل الأمر بالشيء أمر بأجزائه كإيجاب أربع ركعات ، فإنه إيجاب لكل ركعة منها ، والنهي عن الشيء ليس نهيًا عن أجزائه ، كالنهي عن خمس ركعات في الظهر ليس نهيًا عن الأربع ، بل الأربعُ واجبةٌ [2] ، نعم النهيُ عن الشيءِ نهيٌ عن جزئياته فإن النهيَ عن مفهوم الخنزير نهيٌ عن كل خنزير ، الخنزير الطويل والقصير والسمين والهزيل [3] وجميع جزيئات الخنزير ، والأمرُ بالماهيةِ الكلية ليس أمرًا بجزئياتها [4] ، فالأمر [5] بإعتاق رقبة ليس أمرًا بإعتاقِ هذه الرقبة وتلك وجميع الرقاب ، بل يكفي في حصولِ ماهية الرقبة

(1) زيادة من (ص ، ك) .

(2) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في ذلك ليس بصحيح فإنه كما أن الأمر بالشيء أمر بأجزائه لضرورة تحصيله ، ولا يتأتى تحصيله إلا بتحصيل أجزائه كذلك النهي عن الشيء نهي عن أجزائه لضرورة تفويته ، ولا يتأتى تفويته إلا بتفويت أجزائه فإن أجزاء الشيء لا تكون أجزاء له حقيقة إلا بتقدير اجتماعها ، وأما قبل اجتماعها فليست بأجزاء له حقيقة بل بضرب من المجاز وهو أنها صالحة لأن تكون أجزاء له إذا اجتمعت ، وكثيرا ما يجري هذا الوهم على كثير من الناس في مثل هذه المسألة فيعتقد أن جزء الشيء لا يزال جزءا له في حال اتصاله بالجزء الآخر ، وفي حال انفصاله عن الجزء الآخر ، ولا يشعر أن الجزء في حال الاتصال بالآخر ليس عين الجزء في حال الانفصال من الآخر ، فإذا حضر بين يديه الزاج وحده مثلا قال : هذا جزء من المداد وإذا حضر مع العفص وقد امتزجا قال : هذا الزاج الممتزج بالعفص جزء من المداد ويخيل له أنه قال القولين على جزء واحد وليس الأمر كما تخيل فإن معنى القول الأول هذا الزاج جزء من المداد أي يصير جزءًا من المداد إذا مزج بالعفص ، ومعنى القول الثاني أنه جزء من المداد في الحال وكيف يصح أن يكون المشروط بالانفصال عين المشروط بالاتصال ؟ وفي مثل هذا كان بعض من لقيناه يقول : اختلط ما بالقوة مع ما بالفعل وما مثل به شهاب الدين من النهي عن خمس ركعات في الظهر وأنه لا يستلزم النهي عن الأربع وهم مبني على اعتقاد أن الأربع المتصلة بخامسة هي عين الأربع غير المتصلة بخامسة ، وهو خطأ ظاهر لا شك فيه ، وقد سبق له مثل ذلك وسبق الرد عليه ، انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 75/3 .

(3) في (ص ، ك) : [الضيئل] .

(4) قال ابن الشاط : قلت : ليس ما قاله بصحيح بل الأمر بالماهية الكلية أمر بجزئياتها لكنه بما لا يصح التكليف به لتعذره فإن الماهية الكلية بما هي كلية لا يصح وجودها في الأعيان عند القائلين بها وإدخال جميع جزئياتها الممكنة في الوجود حتى لا يشذ منها شيء لا يصح أيضًا . انظر : ابن الشاط : بهامش الفروق 75/3 .

(5) في (ص ، ك) [كالأمر] .

شخصٌ منها واحدٌ معينٌ ، فشتان ما بين الأجزاء والجزئيات ، الحكم منعكس بينهما ، فهذا التخريج باطل قطعًا فلاُ يُفتي به فقيه [1] ، وأحسنُ ما رأيت [2] للأصحابِ في هذه المسألة طريقةُ الفرضِ والبناء ، وهي [أن الشيخ أبا] [3] عمرو بن الحاجب [5] رحمه الله [4] كان يقول : هذه المسألةُ ثلاثةٌ أقسام : المعطوفاتُ نحو واللّه لا كلمت زيدًا وعمرًا ، والجموع والتثنياتُ نحو : لا أكلت الأرغفة أو الرغيفين ، وأسماءُ الحقيقةِ الواحدة المفردة كالرغيف ، فهذه الأقسامُ الثلاثةُ الخلافُ فيها واحدٌ ، فعند الشافعي رضي الله عنه لا يحنث إلا بالجميع ، وعندنا بالبعض في المسائل الثلاثةِ [6] ، فنقول : أجمعنا على ما إذا قال الحالف : واللّه لا كلمت زيدًا ولا عمرًا [7] بصيغة لا النافية أنه يَحْنَثُ بأحدهما ، واتفقَ النحاةُ على أن « لا » إذا أعيدت في العطفِ أنها مُؤكِّدَةٌ للنفي [8] لا مُنْشِئَةٌ نفيًا ، وكذلك قالَ اللّهُ تعالى ﴿ وَمَا يَسْتَوِي ٱلْأَعْمَىٰ وَٱلْبَصِيرُ ۝ وَلَا ٱلظُّلُمَٰتُ وَلَا ٱلنُّورُ ۝ وَلَا ٱلظِّلُّ وَلَا ٱلْحَرُورُ ﴾ [فاطر : 19 ، 20 ، 21] فَذَكَرَ لا في البعضِ دُونَ البعضِ ، مع أن الكلَّ منفي ، فحيثُ تركت « لا » كان المعنى مِثْلَ الموضع الذي ذكرت فيه « لا » سواءٍ بسواءٍ غير التوكيد [9] ، وشأنُ التوكيدِ أن تكونَ الأحكامُ الثابتةُ معه ثابتةً قبله وإلا كَانَ [10] منشئًا لا مؤكدًا [11] ، ولما أجمعنا على

---

(1) قال ابن الشاط : قلت : الأمر بإعتاق رقبة ليس أمرا بكلي بل بمطلق ، وهو واحد غير معين من آحاد الكلي ، ولم يزل به توهم أن المطلق هو الكلي يوقعه في الخطأ الفاحش ، وقد تبين خلاف ما قاله من أن الأمر بالكلي ليس أمرًا بجزئياته ، وتبين أنه لا فرق بين الأجزاء والجزئيات . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 76/3 .

(2) في (ص ، ك) : [رأينا] .

(3) في (ص) : [للشيخ أبي] .

(4) هو الشيخ الإمام العلّامة المقرئ الأصولي الفقيه النحوي ، جمال الأئمة والملة والدين أبو عمرو ، عثمان بن عمر بن أبي بن يونس الكردي الدويني الأصل (نسبة إلى دوين وهي بلدة في آخر أذربيجان) المالكي ، ولد سنة سبعين وخمسمائة ، أو سنة إحدى – هو يشك – بإسنا من بلاد الصعيد صاحب التصانيف ، اشتغل بالقاهرة ، وحفظ القرآن ، أخذ بعض القراءات عن الشاطبي ، وسمع منه « التيسير » كان من أذكياء العلم ، رأسًا في العربية وعلم النظر ، خالف النحاة في مسائل دقيقة ، وأورد عليهم إشكالات مفخمة . توفى سنة 646 هـ . انظر : سير أعلام النبلاء 489/16 وما بعدها ، شذرات الذهب 234/5 وما بعدها .

(5) ساقطة من (ك) .

(6) في (ك) : [الثلاث] .

(7) في (ص) : [عمروا] .

(8) ساقطة من (ص) (ك) .

(9) في (ص ، ك) : [التأكيد] .

(10) في (ك) : [لكان] .

(11) قال ابن الشاط : قلت : على تقدير صحة هذا الإجماع وتسليم كون إجماع النحاة حجة لا يلزم عن كونها مؤكدة للنفي لا منشئة له أن لا يفيد تكرارها فائدة غير النفي ، بل يفيد رفع احتمال ثابت عند عدم تكرارها ، وهو أن القائل إذا قال واللّه لا كلمت زيدا ولا عمرا احتمل وجهين : أحدهما : الامتناع من أن =

أن الحكمَ التحنيثُ [1] مع لا المؤكد وجبَ أن يكونَ الحكمُ قبلها التحنيث [2] تحقيقًا لحقيقة التأكيد ، وإذا اتضح الحنثُ في هذه الصورة [3] بمدرك صحيح مجمع عليه وجب أن يكون الواقعُ في الصورتين الأخيرتين [4] الحنث ؛ لأنه لا قائل بالفرق ، إذْ لو ثبت الحنث في بعضها دون بعض لزم خلاف الإجماع ، فإن القائلَ قائلان : قائلٌ بالحنث في الجميع وهو مالك وأتباعُه ، وقائلٌ بعدم الحنث في الجميع وهو الشافعي [ﷺ] [5] وأصحابه ، فلو قلنا بأنه [6] الحنثُ [7] في صورة العطف دون غيرها كَانَ قولًا خارقًا للإجماع ، ولا سبيلَ إليه ، وهذه طريقةُ الفرض والبناء عند الخلافيين ، وضابطها أن يكون الإنسان يساعده الدليلُ في بعض صورِ النزاع دون بَعْضِهَا [8] فيفرض الاستدلال في تلك الصورة التي يساعدهُ الدليلُ عليها ، فإذا تم له فيها الدليلُ بني الباقي من الصور عليها ، فسمى ذلك طريقة الفرض والبناء وهي أيضًا [9] ضعيفةٌ بسبب أن الْمُنَاظِرَ قائم مقامَ إمامِهِ المجتهدُ ، والمجتهدُ لا يجوزُ له الاعتمادُ على قولنا : لا قائل بالفرق ، فإن هذه المقدمةَ إنما جاءتنا بعد فتياه هو في المسألة ، ومدركه في المسألة متقدمٌ على فتياه فيها ، فلما أفتى خَصْمُهُ وهو المجتهدُ الآخَر وبقي [10] هو لم يُفْتِ بعد فله أن يقول : ما ظهر بالدليل أي شيء كان ؛ لأنه ليس قبل قوله إجماعٌ إنما هو قولُ خَصْمِهِ فقط ؛ فله هو إذا قال خَصْمُهُ : « لا يحنث عندي في الجميع » لَهُ هُوَ أن يقولَ : يحنثُ عندي في البعض دون البعضِ ، والإجماع [11] يصده حينئذ عن ذلك ، ولو اعتمد على ما قاله المُنَاظِرُ [12]

= يكلمهما لا من أن يكلم أحدهما ، وثانيهما : الامتناع من أن يكلم كل واحد منهما ومن لازم ذلك الامتناع من أن يكلمهما ، فإذا تكررت لا تعين الوجه الثاني ولا يتناول إجماع النحاة على أنها مؤكدة للنفي لا منشئة له المنع من إفادتها رفع الاحتمال الأول وتعين الثاني ، وقوله وشأن التوكيد أن تكون الأحكام الثابتة معه ثابتة قبله وإلا كان منشئا لا مؤكدة نقول بموجبه ولا يلزم عن ذلك مقصوده فإنه لم يحك عن النحاة أنهم قالوا : إن لا إذا تكررت في العطف لا تفيد فائدة غير تأكيد النفي ، بل قالوا : لا تفيد إنشاء النفي بل تأكيده ولا يستلزم كونها لا تفيد إنشاء النفي بل تأكيده أن لا تفيد شيئا غير تأكيد النفي مع تأكيد النفي هذا كله على تسليم إجماعهم وكونه حجة وكل ذلك غير مسلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 76/3 .

(1) في (ك) : [الحنث] .
(2) في (ك) : [الحنث] .
(3) في (ك) : [المسألة] .
(4) في (ك) : [الأخرتين] .
(5) ساقطة من (ص) و (ك) .
(6) ساقطة من (ص) .
(7) زيادة من (ك) .
(8) في (ص) ، (ك) : [بعينها] .
(9) زيادة من (ص) .
(10) ساقطة من (ك) .
(11) في (ط) : [لاجماع] .
(12) في (ك) : [الناظر] .

الآن من قوله : لا قائلَ بالفرقِ لم يَتَأَتَّ لَه ذلك ، ومتى كَانَ مدرك [1] المناظر لا يصح أن يكون مدركَ المجتهد لم يَصِحَّ . نعم هذه الطريقةُ تتم في المناظرةِ جدلًا بعد تقرر المذاهب ، أَمّا والمجتهدُ يجتهد فلا يصحُّ له الاعتمادُ على ذلك ، وبالجملة فالمسألة عندنا مشكلة إشكالًا قويًّا فتأمله [2] .

---

(1) في (ط) : [مدركا] .

(2) قال ابن الشاط : قلت : الإشكال على المذهب كما قال بناء على ما قرر ، ولقائل أن يقول أن مدرك مالك رحمه الله الاحتياط للإيمان فأخذ بالأشد ، ومدرك الشافعي رحمه الله حملها على مقتضاها المتيقن فأخذ بالأخف فلا إشكال والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 77/3 .

الفرق الثاني والثلاثون والمائة

بين قاعدة مخالفة النهي إذا تكررت يتكرر التأثيم وبين [1] قاعدة مخالفة اليمين [إذا تكررت] [2] لا يتكرر بتكررها [3] الكفارة والجميع مخالفة [4]

1789 - بل تنحل اليمينُ بالمخالفة الأولى ، ويسقطُ حكمُ اليمين ، بخلاف النهي فإنه يبقى مستمرًا و إن خولف ألف مرة ، ويتكرر الإثم بتكرره ، وهذا الفرق من المواضع الصعبة المشكلة ، فإن قوله : « والله لا فعلت » نفي للفعل في جميع الأزمنة المستقبلة ، فإن « لا » من صيغ العموم ، نص عليه سيبويه مع « لن » ، وقال : « لن » أشد عمومًا ، وذلك [5] هو المفهومُ من قوله تعالى [6] ﴿ لَا يَمُوتُ فِيهَا وَلَا يَحْيَىٰ ﴾ [طه : 74] [أي في جميع الأزمنة المستقبلة لا يحصل له موت ولا حياة] [7] ، وكذلك النهي إذا قيل للمكلَّفِ : لا تكذب أوْ لا تشربُ الخمرَ هو عامٌّ في جميع الأزمنة المستقبلة ، فإذا خالف مرة وفعل المنهيَّ عنه حصل له [8] الإثمُ ، فإن تكررت منه تلك المخالفةُ تكرر الإثم ، فكذلك يلزم إذا تكررت مخالفةُ اليمينِ ينبغي أن تُكَرَّرَ الكفارةُ بِتَكَرُّرِ المخالفةِ ؛ لأن المخالفةَ عندها وجبتِ الكفارةُ [9] ، ألا ترى أنه لو لم يخالف لم تلزمه كفارةٌ ، وإذا

(1) ساقطة من (ص ، ك) . (2) ساقطة من (ص ، ك) . (3) في (ص) : [بتكرر] .

(4) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله إلى آخر الفرق صحيح غير قوله : بل الشرط مطلق إنما يقتضي مرة واحدة فإنه غير صحيح فإنه لو اقتضى المرة الواحدة لما كان مطلقا بل مقيدا باقتضاء المرة الواحدة دون غيرها ، وإنما وقع الاكتفاء بالمرة الواحدة لضرورة لزوم تحصيل مقتضى التعليق ولا أقل من المرة الواحدة في التحصيل . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 78/3 .

(5) في (ص ، ك) : [كذلك] . (6) في (ك) : [ﷻ] .

(7) ساقطة من (ك) . (8) ساقطة من (ص ، ك) .

(9) تكررت الكفارة على الحالف إن قصد في صيغة البر تكرار الحنث كلما فعل نحو : والله لا أكلم زيدًا ، وقصد أنه كلما كلمه فعليه يمين ، أو كرر اليمين نحو والله لا أكلم زيدا ، والله لا أكلمه ، أو قال : والله لا آكل والله لا أدخل ونوى كفارة لكل يمين فتتكرر الكفارة . أو اقتضى العرف التكرار بأن كان تكرار الحنث يستفاد من حال العادة والعرف لا من مجرد اللفظ نحو لا أشرب لك ماء بأن العرف يقتضي أنه كلما شرب له ماء حنث ، ومثله لا آكل لك خبزا ، ولا أقرئك سلاما .... ونحو والله لا أترك الوتر فإنه يحنث كلما تركه ؛ لأن العرف يقتضي لوم نفسه والتشديد عليها فكلما تركه لزمه كفارة . أو حلف لا يفعل كذا ، وحلف ألا يحنث ثم حنث كأن قال : والله لا أكلم زيدا ، والله لا أحنث فكلمه فعليه كفارتان كفارة ليمينه الأصلي وكفارة للحنث فيه . انظر المواطن التي تتعدد فيها الكفارة في الشرح الصغير (217/2) ، وما بعدها بحاشية أحمد بن محمد الصاوي .

تكررت المخالفةُ في اليمينِ يكونُ ذلك كتكررِ المخالفةِ في النهي [1] ، والجامعُ المخالفةُ وعمومُ الصيغةِ في الموضعين بصيغة « لا » في مستقبل الزمان ، وهذا الإشكالُ لا يلزم في مخالفة الشرط إذا قال : إن دخلت الدار فعبد من عبيدي حر أو امرأته طالق ، فخالف ودخل الدار عتق عبد واحد وطلقت امرأته طلقة واحدة ، فإن عاد وخالف مقتضى التعلق لم يلزمْهُ عِتْقُ عبدٍ آخرَ ولا طلقة أخرى بسبب أن صيغةَ الشرط ليست عامةً ، فلا توجب التكررَ ، بل الشرط مطلقٌ ، والمطلقُ إنما يقتضي مرةً واحدة ، وقد لزم موجبها بخلاف الحلف ، فإن الصيغةَ عامةٌ ، فبكل فرد من أفراد العموم تحصلُ المخالفةُ في ذلك الفرد [2] بعدما حصلت في الذي قبلَه ، فيلزم أن يكون جانيًا على اليمين في كل مرة يقدم على الفعل ، كما أنه جاز على النهي في كل مرة يقدم على الفعل ، ومع ذلك لم أعلم أحدًا قاله [3] من الفقهاء ، فيحتاج إلى الفرق بين القاعدتين ، والفرق من وجوه :

1790 - أحدها : أنا نُسَلِّمُ أن الصيغةَ عامةٌ في نفي الفعل ، ولكن الكفارة ما وجبت إلا لمخالفة هذه السالبة الكلية [4] العامة في جميع هذه الأزمنة المستقبلة ، ونقيضُ السالبةِ الكليةِ الموجبةُ الجزئيةُ ، وهذه الموجبة الجزئيةُ هي سببُ الكفارةِ أو شرطُ وجوبِ الكفارةِ على الخلاف بين الفقهاء في الحنث ، هل هو شرطُ للكفارةِ [5] أو سببُها [6] ؟ ويدل على أن سبب الكفارة إنما هو نقيضُ ذلك السلبِ الكلي أن الشارعَ قال : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ [المائدة : 89] فجعل الكفارة لليمين لا للسلب الكلي الذي هو المحلوف عليه ، فهاهنا أمور ثلاثة : السلبُ العامُّ المحلوفُ عليه ، واليمينُ المؤكدة له ، ومخالفة هذا السلب العام ، والكفارةُ من الأمور الوضعية الشرعية فصاحبُ الشرعِ له أن يجعلَ مطلقَ الملابسةِ للفعل المحلوف عليه سببَ الكفارة ، وعلى هذا التقديرِ تتكرَّر الكفارة [بتكرر المخالفة] [7] وملابسة الفعل ، ولم يفعل ذلك ، بل جعل سببَ الكفارة مخالفةَ هذا السلب العام لا هذا السلب العام ، ومخالفةُ هذا السلب العام إنما هو مطلقُ الثبوت ،

---

(1) في (ص ، ك) : [اليمين] .

(2) في (ط) : [الفرض] والصواب ما أثبتناه .

(3) في (ص ، ك) : [قال به] .

(4) ساقطة من (ك) .

(5) في (ص ، ك) : [الكفارة] .

(6) لا خلاف بين الفقهاء في أن الكفارة تجب على من حنث في اليمين المنعقدة ، ولكنهم اختلفوا في سبب الوجوب فذهب بعضهم إلى أن سبب وجوب الكفارة هو اليمين ، وأما الحنث فليس فيها فليس سببا في وجوب الكفارة إنما هو شرط فيه ، وذهب آخرون إلى أن سبب وجوب الكفارة هو اليمين والحنث جميعا . انظر : الموسوعة الفقهية (168/18) .

(7) ساقطة من (ص ، ك) .

فمطلق الثبوت هو سببُ الكفارة ، فيصيرُ معنى وضعِ الشرع الكفارةَ أنه قال : جعلت نقيض السلب الكلي سببَ الكفارة ، ولو قال صاحبُ الشرع : من أتى بنقيض السلب الكلي في يمينه وحنث عليه الكفارة ، لم يكن هنالك عمومٍ يفهم البتة ، بل يكون مثل قول القائل : من دخل داري فله درهم ، فإذا دخلَ الدار رجلٌ مرةً واحدة وأخذا درهمًا ، ثم دخل ثانيًا لا يستحق شيئًا ؛ لأن المعلقَ عُلِّقَ على مطلق الدخول لا على كل مرة [1] منه حتى يتكرر الاستحقاق بتكرر الدخول ، وكذلك : إن دخلت الدار فأنتِ طالقٌ فدخلت مرة واحدة طلقت طلقة ، ثم دخلت مرة أخرى لم يلزمه [2] طلاق ، وإن كانت في العدة الرجعية ؛ لأنه إنما التزم مطلقَ الطلاقِ [إشارة إلى تقرير عدم لزوم تكرر الطلاق بتكرر المعلق عليه] [3] بمطلق الدخول ، ولم يأتِ بعموم يقتضي التكرر ، وهو من باب تعلقِ مطلقٍ على مطلقٍ ، وقد تقدمَ بسطُ هذه التعاليقِ أولَ الكتابِ ، كذلك صاحبُ الشرع جعل سبب الكفارة مطلق الثبوتِ المناقض لموجب يمينه من السلب العام ، لا كل ثبوت ، ولا ثبوتين ، بل فردًا واحدًا فقط ، وغيره غير معتبر كالدخلة الثانية للدار من المطلقة .

1791 - ونظير هذه الكفارة المفسدُ لصومِ رمضان ، فإن عادَ فأكلَ أو جامعَ لم تلزمه كفارةٌ على الأصح ؛ لأن الصومَ في معنى السلب العام للأكل والشرب والجماع من طلوع الفجر إلى غروب الشمس ، فالكفارةُ [4] مرتبةٌ على نقيض هذا السلب العام ، وهو مطلقُ الثبوتِ ، فإذا حصل لزمته الكفارة ، فإذا عاد فتكرر لم يكن موجبًا كدخول الدار ؛ فإن صاحبَ الشرعِ لم يجعل الثبوتَ بوصف العمومِ مُوجِبًا للكفارة بل بوصف الإطلاق ، والمطلق يخرج عن عهدته [5] بصورة إجماعًا كإعتاق رقبة وإخراج شاة من أربعين .

1792 - ونظيره أيضًا المظاهرُ إذا قال : أنت عليَّ كظهر أمي ، فمقتضى [6] هذا التشبيه التحريم الدائم ؛ لأن هذا هو شأنُ تحريم الأم المشبه بها ، فتكون هذه الزوجةُ محرمةً دائمًا تحقيقًا للتشبيه ، فإن عَادَ وعزم على إمساكها أو على وطئها على الخلاف في العود ما هو فقد أتى بنقيضِ ذلك السلبِ الكلي ، وهو مطلقُ الثبوتِ المناقض له فجعله صاحبُ [7] الشرع تجب عندَهُ الكفارةُ كالحنثِ في اليمين ، فإذا كَفَّرَ ثم عادَ فعزم [8] على إمساكِها أو وطئها مرة أخرى لا تتكررُ الكفارةُ بتكرر العودِ إجماعًا فيما علمت ؛ لأنها مرتبةٌ على

(1) في (ص ، ك) : [فرد] .
(2) في (ص) ، (ك) [يلزمها] .
(3) ساقطة من (ص) .
(4) في (ص ، ك) : [والكفارة] .
(5) في (ك) : [عهده] .
(6) في (ك) : [يقتضي] .
(7) ساقطة من (ص ، ك) .
(8) ساقطة من (ك) .

مطلق الثبوت بوصف الإطلاق لا بوصف العموم ، فكذلك هاهنا كفارةُ اليمين مرتبةٌ على مطلق الثبوتِ المناقضِ للسلب الكلي العام لا على مطلق الثبوت بوصف العموم كما تقدم ، وأما مخالفة النهي فتقتضي تَكَرُّرَ الإثم والتعزير بسبب أن الإثم رتبه الشرعُ على تحقيقِ المفسدة في الوجود ؛ لأن النواهيَ تعتمد المفاسدَ ، كما أن الأوامرَ تعتمد المصالحَ ، فكل فرِد يتكرر تتكرر المفسدة معه فيتكرر الإثم ؛ لأنه تابع لمطلق المفسدة في جميع صورها بوصفِ العموم فعم الإثم أيضًا وهو مناسب لحسم مادة المفسدة إذ لو أَثَّمْنَاهُ : في صورة واحدةَ وأَبَحْنَا له ما بعدها أدى ذلك لوقوع مفاسدَ لا نهاية لها ، فكانت الحكمةُ الشرعيةُ تقتضي تعميمَ الإثم في جميع صور [1] المفاسد .

1793 - وثانيها : أن الكفارَة لو كانت تتكرر بتكرر المخالفات لليمين لشَقَّ ذلك على المكلفين في الصور التي يحتاجون للمخالفة فيها وتكررها ، فتترتب على الإنسان كفاراتٌ كثيرةٌ جدًّا لا يمكنه الخروجُ عنها إلا بفعلها ، وذلك حَرَجٌ عظيم تأباه الشريعةُ الحنفيةُ السمحةُ السهلةُ ، وأما الآثامُ إذا اجتمعت فيخرج الإنسان عن عهدتها بالتوبة والإنابةِ ، وهي متيسرة على المتقين .

1794 - وثالثها : أن اليمينَ مُبَاحةٌ ؛ لأنها تعظيمٌ لِلْمُقْسَم به ، والحنثُ أيضًا مباحٌ لقوله [عليه الصلاة والسلام] [2] « والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرًا منها إلا كفرت وفعلت الذي هو خير » [3] ورسول الله ﷺ لا يقدم على المنهي عنه فضلًا عن أن يحلف أنه لابد [4] أن [5] يفعله ، وإذا كان الحلفُ والحنث مباحين ناسب ذلك التخفيف في إلزام الكفارة [6] المتكررة ، بخلاف النهي فإنه للتحريم ، والمقدم على مخالفته عاصٍ بعيد من الله تعالى ، فناسب التغليظ بتكرر [7] الآثام ، وتظافر أنواع الوعيد [8] ، والتعازير عليه حسما لمادة المعصية .

1795 - ورابعها : أن القسمَ وقع على جملةٍ خبريةٍ ، فإنَّ (لا أفعل) خبرٌ عن عدم الفعل في الزمن [9] المستقبل ، وإذا كان خبرًا فإن صدق فيه وحقق السلب العام كما أخبر عنه فلا كفارة ، وإن خالف هذا الخبر كانت مخالفتُه تكذيبًا لذلك الخبر ، والصدق

---

(1) في (ط) : [صورة] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(2) في (ص ، ك) [عليه السلام] .
(3) أخرجه البخاري (تفسير) (4248) .
(4) في (ك) : [لا] .
(5) ساقطة من (ص ، ك) .
(6) في (ص ، ك) : [الكفارات] .
(7) في (ص) ، (ك) : [بتكفير] .
(8) في (ص) : [الو عد] .
(9) في (ص ، ك) : [الزمان] .

والكذبُ نقيضان ، ولذلك قال أربابُ المعقول [1] : إن نقيضَ السالبةِ الكليةِ الموجبةُ الجزئيةُ ، وبهما [2] يقع التكاذيبُ [3] لمن يقصد تكذيبَ من ادعى الأخرى ، كما أن نقيضَ الموجبة الكليةِ السالبةُ الجزئيةُ [والصدق والكذب] [4] عندنا نقيضان لا ثالث لهما خلافًا للمعتزلة [5] ، فإن الخبرَ إن طابق فصدق ، وإن لم يطابق فكذب ، ولا واسطة بين المطابقة وعدم المطابقة ، فالكذبُ [6] حينئذٍ نقيضُ الصدق ، فالكفارةُ وجبت لمخالفة الصدق ، وهو الكذبُ في ذلك الخبر المنَاقِضِ للصدقِ المانع من تحققه ، ومتى ارتفع الصدقُ بصورةٍ واحدةٍ استحال ثبوتُه ، فقد تحققت مفسدةٌ تعذَر الصدقُ ، وهذا المعنى لا يتكررُ وهو تعذرُ الصدقِ ، فلم تتكررِ الكفارةُ ، ويدلٌّ على اعتبارِ هذا المعنى أن الحالفَ لو جَعَل يمينه خبرا عن موجبة كلية كقوله : « واللّه لأصومن الدهر » فأفطر يومًا واحدا ، فقد كذب خَبَرُهُ عن صومِ الدهرِ ، وتلزمهُ الكفارةُ بإفطارِه ذلك اليومَ الواحدَ ، ولا ينجيه من لزوم الكفارة صومُ بقية الدهر ، وتضيعُ بقيةُ الموجبةِ الكليةِ عن الاعتبارِ ، ولا فرق بين أن يتكرر منه الثبوت أو يقتصر على فطر يوم واحد ، وإذا تقرر هذا في جهة الثبوتِ وهو الموجبة الكلية وجب أن يثبت مثله في السالبة الكلية التي هي خبر عن النفي فيتحقق الكذبُ بفرد واحد من الثبوت بأن يفعل مرة واحدة ، ولا ينفعه بقية السالبة الكلية ، ولا يكون [7] فرقٌ بين ثبوت واحد تقع به المخالفة و بين ثبوتٍ أو أكثر ، كما لم يكن فرقٌ في الموجبة الكلية بين سلبين فأكثر تسوية بين طرفي الثبوت والسلب في الخبر عنهما ، وإثبات نقيضهما ، والاكتفاء بفرد في المناقضة لا يحتاج معه إلى ثان ، ويكون الثاني وجودُه وعدمُه سواءً تسويةً بين الطرفين ، فظهر بهذا التقرير أن الموجب للكفارة إنما هو إثباتُ النقيضِ المكذب للخبر السابق بفرد زاد معه غيره أَم لا ، كان الكلامُ نفيًا أو إثباتًا ، والنهيُ ليس كذلك ، بل لو اجْتَنَبَ المنهي عنه [8] مائة مرة للّه تعالى أُثيب على

(1) في (ص) ، (ك) : [العقول] .
(2) في (ص ، ك) : [بها] .
(3) في (ك) : [التكاذب] .
(4) في (ص ، ك) : [الكذب والصدق] .
(5) المعتزلة هم الذين يعتنقون مبدأ الاعتزال ، أي مذهب المنزلة بين المنزلتين ، أو الوسط بين الكفر والإيمان ، وهو مذهب المدرسة الأساسي .
وثمة خبر مصدره « أهل الحديث » يرجع أصل الاسم إلى شقاق وقع في حلقة الحسن البصري ، فيقال : إنه بعد أن أوضح واصل بن عطاء ، وعمرو بن عبيد مذهبهما في « المنزلة بين المنزلتين » اعتزلا حلقة الحسن ليؤسسا مذهبًا مستقلًا ، أو الأحرى أن حلقة الحسن طردتهما .
انظر : الموسوعة الإسلامية الميسرة 1089/2 .
(6) في (ص ، ك) : [والكذب] .
(7) زيادة من (ص ، ك) .
(8) في (ص ، ك) : [في] .

المائة ثم إن خالف بعد ذلك استحق العقوبةَ بعددِ المِرَارِ التي خالف فيها بالفعل والثبوت ، وتتكرر المثوباتُ بتكررِ الاجتنابِ ، والعقوباتُ بتكررِ المخالفات (1) فدلَّ ذلك على أن المطلوبَ هو اجتنابُ مفسدةِ ذلك الفعلِ في كل زمانٍ ، وأن كلَّ زمان مطلوبٌ لنفسه في التركِ لتلك المفسدة ، ويؤكد الأمرَ المقتضيَ للتِّكْرَارِ أنه إذا فعل مائة مرة أثيب مائةَ مثوبة ، وإن تركه مائةَ مرة استحق مائةَ عقوبة ؛ لأن المطلوبَ حصولُ تلك المصلحة في كل زمان بعينه ، فكل زمان معين حَقَّقَ فيه المصلحةَ استحقَّ المثوبةَ ، وكل زمان ضَيَّعَ [فيه تلك المصلحةَ] (2) استحق العقوبةَ به (3) [وتعتبر القلة في ذلك والكثرة] (4) ، فقد صارت قاعدةُ الأمر تشهدُ لقاعدةُ (5) النهي ، كما شهدت قاعدةُ خبر الثبوتِ في اليمين لقاعدةِ (6) خبر النفي ، فأوضحَ كُلٌّ منهما الآخر (7) ، واتضحَ لك (8) الفرق بين مخالفةِ قاعدة النهي وبين مخالفة قاعدة اليمين ، ونشأ سرُّ الفرقِ في هذا الوجه من جهة الخبر والصدق والكذب ، وتحقيقِ نقيض كل واحد منهما ، وأن النقيضَ هو المعتبرُ دون أفراد الفعل ، وأفراد الترك بشهادة النفي للإيجاب والإيجاب للنفي ، وأن الأمر والنهي كل واحد منهما يشهد للآخر ، وأن المعتبرَ فيهما أفرادُ الأفعال والتروك دون النقيض .

1796 - فإن قلت : ما ذكرتَهُ من الصدق والكذب الواقعين في الخبر المحلوف عليه نفيًا أو إثباتًا يُقَوِّي مذهبَ الحنفية في قولهم : إن الحنثَ محرمٌ ، وإن الكفارة وجبت ساترةً لذنب تحريم المخالفة ، ولا شكَّ أن الكذبَ مُحَرَّمٌ بالإجماعِ وأنت قد حققته في اليمين ، فيتجه ما قالوه .

1797 - قلت : لا متعلق لهم في هذا بسبب أن الكذبَ الواقعَ في اليمين هو كذبٌ من جهة مُسَمَّى الكذب لغةً ، لا من جهةِ الإثم والنهي الشرعي ، وتقريرُه أن خبرَ الوعد خبرٌ ولو خالفه لم يكن آثمًا ، فلو قال لزيد : غدًا أعطيك درهمًا ، ولم يعطه غدًا شيئًا لم يكن آثمًا ، ولو كان (9) آثمًا لوجب الوفاءُ بِكُلِّ وعدٍ وليس كذلك ، وقوله ﷺ « عِدَةُ المؤمن دَيْنٌ (10) » أي مثل الدَّيْنِ ، ولذلك قيد (11) الحكمِ بوصف الأيمان الحاث

---

(1) في (ص ، ك) [المخالفة بالفعل] .
(2) في (ص ، ك) : [تلك المصلحة فيه] .
(3) زيادة من (ك) .
(4) في (ص ، ك) : [وتعتبر الكثرة في ذلك والقلة] .
(5) في (ص ، ك) : [بقاعدة] .
(6) في (ص ، ك) : [بقاعدة] .
(7) في (ط) : [الأخرى] .
(8) في (ص ، ك) : [ذلك] .
(9) في (ط) : [كانت] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(10) أخرجه الزبيدي في « إتحاف السادة المتقين » 263/6 .
(11) في (ص ، ك) : [قيل] .

على مكارم الأخلاق ، ولو كان الوفاءُ بالوعد مطلقًا واجبًا لقالَ ﷺ : « الوعدُ دَيْنٌ » من غير تفصيل ، ويدل على أن هذه الإخباراتِ في الوعد والخلف ليس بكذبٍ محرم قولُه ﷺ : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها فَلْيَأْتِ الذي هو خير وَلْيُكَفِّرْ » [1] ولو كَانَ ذلك الخيرُ يجبُ الوفاءُ به لما جاز تركُه لمجرد الخيريةِ [2] التي يكفي فيها مطلق المصلحة ، بل إنْ [3] كانتِ المخالفةُ تتوقف على مصلحةٍ عظيمةٍ تساوي مفسدة التحريم كفوات أمرٍ واجبٍ عظيم ، فإن المحرَّمَ لا يُعَارَضُ إلا بالواجبِ ، ولا يُعَارَضُ بمطلق الخيريةِ التي هي تصدقُ بأدنى مراتب الندب ، فليس [4] الحنثُ حينئذ بمحرم ، ويؤكده أنه ﷺ حَلَفَ لأولئك النفرِ لا يَحْمِلُهُم ، ثم حَمَلَهُمْ بعد ذلك ، فقيل له : يا رسول اللّه إنك حَلَفْتَ ، فقال : « واللّه لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرًا منها [5] إلا كَفَّرْتُ وأتيتُ الذي هو خير » فلو كان هذا كذبًا مُحَرَّمًا لما أقدم [ﷺ] [6] عليه فإن منصبه ﷺ يأبىَ ذلك إباءً شَدِيدًا ؛ فيقطعُ الفقيه حينئذ بأن هذهِ المخالفةَ في الأيمانِ أنها [7] ليست كذبًا مُحَرَّمًا ، بل يتناوله اللفظ الموضوع للكذب ، ولا يكون محرمًا كما أن الكذب الذي يقع من غير قصد كمن أخبرَ بالشيء على خلاف ما هو عليه معتقدًا ما أخبر به ، والأمرُ بخلافِه ليس بمحرم ، وإن صَدَقَ عليه أنه كذب لغة خلافًا للمعتزلة في اشتراطِهِم القصدَ في حقيقةِ الكذب ، ويدلُّ على صحةِ [8] مذهبِ أهلِ السنةِ قولُه ﷺ : « كفى بالمرء كذبًا أن يُحَدِّثَ بكل ما سمع » [9] فجعله ﷺ كذبًا مع أنه يعتقد صدقَ ما سمعه ، وكذلك قولُه ﷺ : « من كذب عَلَيَّ مُتَعَمِّدًا فليتبوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنَ النار » [10] يدلُّ على أن الكذبَ قد يقع على غيرِ وجهِ العمد [11] ، فظهرَ أن الكذبَ قد يكونُ لا مع الإثم ، ومخالفة الأيمان من هذا القبيل ، وظهرَ الفرقُ بين قاعدةِ مخالفةِ النواهي ، وبين قاعدةِ مخالفةِ الأيمان إذا تقرر أن قاعدةَ الأيمان عدمُ التَّكْرَارِ فقد وقعت صورٌ اختلفَ العلماءَ في بعضها أو في كُلِّها ، وهي : إذا خالف [12] مقتضى اليمين حالةَ النسيانِ

(1) أخرجه : البخاري (تفسير) (4248) .
(2) في (ص ، ك) : [الخيرة] .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) في (ص ، ك) : [وليس] .
(5) ساقطة من (ص) .
(6) في (ص) : [عليه الصلاة والسلام] .
(7) في (ص ، ك) زيادة أنها .
(8) ساقطة من (ص ، ك) .
(9) أبو داود (أوب) (80) ولكن بلفظ « إثما » بدلًا من « كذبا » .
(10) أخرجه (البخاري) (علم) (38) ، ومسلم (زهد) (72) ، وأبو دواد (علم) (4) ، والدارمي (مقدمة) (25) ، أحمد 47/2 .
(11) في (ص ، ك) : [الكذب] .
(12) في (ص ، ك) : [خالفت] .

أو حالةَ الجهل أو حالة الإكراه فمذهب مالك اعتبار الحنث حالة النسيان والجهل دون الإكراه [1] ، ومذهبُ الشافعيِّ عدمُ اعتبارِ الحنثِ في هذه [2] الأحوالِ الثلاثةِ [3] ، ووافقنا الشافعيُّ وأبو حنيفةَ وأحمدُ بنُ حنبلٍ على الإكراهِ على اليمينِ ، وخالفنا أبو حنيفةَ في الإكراهِ على الحنثِ ، ووافقنا في النسيان والجهل .

1798 - وتلخيصُ مدرك الخلاف في هذه الحالات أن مقتضى اللغة حصولُ الحنث في هذه الأحوالِ الثلاثةِ لحصول مُسمَّى المخالفة بمقتضى [4] ما أخبر عن نفيه [5] في الاستقبال ، لكن لما كانتِ اليمينُ إنما يقصد بها الناس حثهم على الإقدامِ أو [6] الإحجامِ ، والحثُّ إنما يقع في الأفعال الاختيارية ، فإن الإنسان إنما يحثُّ نفسَه على ما

---

(1) مذهب المالكية أن المكره على الحنث لا كفارة عليه ولكن بشروط ستة :
الأول : ألا يعلم بأنه يكره على الفعل .
الثاني : ألا يأمر غيره بإكراهه .
الثالث : ألا يكون الإكراه شرعيا .
الرابع : ألا يفعل ثانيا طوعا بعد زوال الإكراه .
الخامس : ألا يكون الحالف على شخص بأنه لا يفعل كذا هو المكره له على فعله .
السادس : ألا تكون يمينه لا أفعله طائعا ولا مكرها وإلا حنث . انظر هذه الشروط في الشرح الكبير (134/2) .

(2) زيادة من (ص ، ك) .

(3) عقد الإمام النووي من الشافعية فصلا في كتابه روضة الطالبين « في حنث الناسي والجاهل ، والمكره » قال فيه : إذا وجد القول أو الفعل المحلوف عليه على وجه الإكراه أو النسيان أو الجهل سواء كان الحلف بالله تعالى ، أو بالطلاق فهل يحنث ؟ قولان أظهرها : لا يحنث .
وقال ابن سلمة : لا حنث قطعا .
وقيل : الناسى أولى بالحنث من المكره . وقيل : عكسه ، وقيل : الجاهل أولى بالحنث من الناسي .
وقال القفال : يحنث في الطلاق دون اليمين وهو ضعيف ، فالمذهب ما سبق .
فإذا قلنا لا حنث لم تنحل اليمين على الأصح ، ولو حلف : لا يدخل الدار طائعا ولا مكرها ولا ناسيا حنث مع الإكراه والنسيان : ولو حلف لا يدخل فانقلب في نومه وحصل في الدار لم يحنث ولو حمل قهرا وأدخل ، فقيل : قولان كالمكره ، والمذهب القطع بأنه لا يحنث لأن اليمين على دخوله ولم يدخل وإنما أدخل ، ولهذا لا تنحل اليمين والحالة هذه بلا خلاف .
ولو حمل بغير إذنه لكن قدر على الامتناع فلم يمتنع ، لم يحنث على الصحيح ، لأنه لم يدخل بل أدخل .
ولو حمل بأمره حنث كما لو ركب دابة ودخل . ومن صور الفعل جاهلا أن يدخل دار لا يعرف أنها المحلوف عليها ، أو حلف لا يسلم على زيد فسلم عليه في ظلمة ولا يعلم أنه زيد . انظر : روضة الطالبين للنووي (78/11 ، 79) . بتصرف يسير .

(4) في (ص ، ك) : [لمقتضى] .

(5) في (ص ، ك) : [نفيه] .

(6) في (ص ، ك) : [و] .

هو مِن اختيارِه وَصُنْعِهِ ، وأما المعجوزُ عنهُ فلا يليقُ بالعاقل حثُّ نفسهِ عليه ، ألا ترى أنه لا يَحُثُّ نفسَه على الصعودِ إلى السماء ، ولا على أن يعمل لنفسه يدًا زائدة أو [1] عينًا زائدة ، ولا يحثُّ نفسَه على أن يكون آدميًا أو منتصبَ القامة ؛ لأن الأولَ متعذرٌ عليه ، والثاني واقعٌ بغير صنعه ، ويحثُّ نَفْسَهُ عَلَى الصلاةِ والصوم ؛ لأنهما من صنعه ، فإذا [2] تقرر أن الحثَّ إنما يقعُ من الإنسان فيما هو من صنعه واختيارِه اتضح بذلك خروجُ حالةِ الإكراه على الحثِّ ؛ لأن الداعيةَ حالةَ الإكراه ليست للفاعلِ على الحقيقة ، بل نشأت عن أسباب الإكراه فهي من غير صُنْعِهِ في المعنى فلا جرم لم تندرج هذه الحالة في اليمين .

1799 - وأما الجهلُ والنسيانُ فالإنسانُ في الجهل يفعل المحلوفَ عليه جاهلًا بأنه المحلوفُ عليه ، كمن يَحْلِفُ أن لا يلبسَ ثوبًا فيلتبس ذلك الثوبُ عليه بغيره فيلبسه وهو ذاكرٌ لليمين جاهلٌ بعينِ المحلوف عليه ، وأما في النسيانِ فهو على العكس من الجهل يفعل المحلوفُ عليه عالمًا بحقيقته ناسيًا لليمين ، وفي الإكراه قد يكونُ ذاكرًا لهما ، فهذا هو الفرقُ بين هذه الحقائق الثلاثة فالشافعيُّ يقولُ : إن الحثَّ المقصودَ من اليمين إنما يكونُ مع ذكرِ اليمينِ والمعرفة بعين المحلوف عليه بأن يقصدَ التركَ باليمين لأجلِ اليمين ، وهذا لا يُتَصَوَّرُ إلا مع القصد إليهما والمعرفة بهما - أعني اليمينَ والمحلوفَ عليه - فإذا جهل اليمين في صورة النسيان أو المحلوف عليه في صورة الجهل فلم يوجدا في نفسه معًا ، فما وجد المقصود من [3] اليمين وهو الترك لأجل اليمين ، فهاتان الحالتان لا يقصدهما الناسُ بالأيمانِ لهذه القاعدةِ فخرجا عن اليمين ، والخارجُ عن اليمينِ لا يقعَ فيه حِنْثٌ فخرجت الأحوالُ الثلاثةُ عند الإكراه والنسيانِ والجهلِ ، فإذا خالف اليمين في حالة من هذه الحالات لا يلزم بذلك كفارة ، ولا بد من المخالفة مرة أخرى في حالة الاختيار واستحضار اليمين والعلم بالمحلوف عليه ، فاشترط التكرر في الأحوال الثلاثة ، وأما مالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى [4] فقالَ : الحلفُ وقع على الفعلِ المختارِ المكْتَسَبِ ، ومقتضى ذلك أن يَخْرُجَ الإكراهُ وحدَه ، ويبقى النسيانُ والجهل ؛ لأن الناسيَ لليمينِ مختارٌ للفعلِ غيرَ أنه نُسَيَ اليمينَ ، والجاهلُ مختارٌ للفعل غير أنه جهل أن هذا عينُ المحلوفِ عليه ، وإذا وُجِدَ الاختيارُ والفعلُ المكتسبُ فقد وُجِدَ ما حلف عليه ، وَوُجِدَتْ حقيقةُ المخالفةِ فتلزمهُ الكفارةُ [فإذا وقع الفعل في حالة النسيان أو الجهل انحلت اليمين ولزمت الكفارة] [5]

(1) في (ك) : [ولا] .
(2) في (ص ، ك) : [إذا] .
(3) في (ص ، ك) : [و] .
(4) ساقطة من (ك) .
(5) ساقطة من (ك) .

ولا يشترطُ التكررُ مرةً أخرى ، والظاهرُ من جهةِ النظرِ قولُ الشافعي - وهو أحدُ الأقوالِ عندنا - بسبب أن الباعثَ للحالفِ على الحلفِ إنما هو أن تكونَ اليمينُ حاثَّةً له على التركِ ، وإلا كان يَكْفِيهِ العزمُ على عدمِ الفعلِ من غير يمين ، وكان يستريحُ من لزومِ الكفارةِ ، وإنما أقدم على اليمين ليكونَ استحضارُها في نفسِه مانِعًا له من الإقْدَامِ أو الإحْجَامِ ، فإذا نَسِيَهَا لم يقصد بهذه الحالة حالة الحلف ، بل مقصودُه محصورٌ في حالة حضورها في نفسه حتى نزعه ، وكذلك العلمُ بعين المحلوف عليه شَرْطٌ في الحِنْثِ به [1] فإذا جَهِلَهُ استحالَ مع الجهل الحثُّ على ما لم يعلمه ، فهذه الحالةُ يعلم خروجها عن اليمين بقصد الحالفين ، فلا يلزم فيها حنث ، ويشترط التَّكْرَارُ [2] ، وأما الإكراه على اليمينِ فلقوله ﷺ « لا طلاق في إغلاق » [3] أي في إكراه فيقاس على الطلاق غيره فلا يلزم . ورأي أبو حنيفة أن الإكراه على الحنث لا يؤثر كما قاله مالك في الحنث حالة النسيان والجهل ، والظاهر خلافه لما تقدم من مقاصد الناس في أيمانهم .

1800 - تنبيه إذا قلنا بأن الإكراهَ على الحنثِ يمنعُ من نزول موجب اليمين فأُكْرِهَ على أول مرة من الفعل ، ثم فعله مختارًا حنث قاله ابن أبي [4] زيد [5] ، وهو مقتضى الفقهِ بسببِ أن الإكراهَ لم يندرجْ في اليمينِ ، فالواقعُ [6] بعد ذلك بالاختيارِ هو أولُ مرة صدرت مخالفة لليمين والأولَى لا عبرة بها ، وتقعُ هذه المسألةُ في الفتاوي كثيرًا ، ويقع الغلط فيها للمفتين ، فيقول السائلُ : حَلَفْتُ بالطلاقِ لا أخدمُ الأميرَ الفلاني في إقطاعه ، وقد أُكْرِهْتُ بالضربِ الشديدِ على خدمته ، فيقول له المفتي : « لا حِنْثَ عليك » مع أن ذلك الحالفَ مستمرٌّ على الخدمةِ مَعَ زَوَالِ سببِ الإكراهِ ، وإمكانِ

(1) في (ص ، ك) : [عليه] . (2) في (ص ، ك) : [التكرر] .

(3) أخرجه : أبو داود (طلاق) (8) ، ابن ماجة (طلاق) (16) ، أحمد 276/6 .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) هو أبو محمد بن عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني ، الفقيه النظار الحافظ الحجة إمام المالكية في وقته ، كان واسع العلم كثير الحفظ والرواية ، أخذ عن : محمد بن مسرور ، والعسال ، وعبد الله بن مسرور وغيرهم ، سمع من : ابن الأعرابي ، إبراهيم بن محمد ، والقاضي الحسن بن نصر وغيرهم ، وله تآليف منها : كتاب النوادر والزيادات على المدونة ، وكتاب التنبيه على القول في أولاد المرتدين ، وله رسالة في أصول التوحيد ، وغير ذلك مما هو كثير . توفي سنة 386 ، ودفن بداره بالقيروان وقبره معروف متبرك به . شجرة النور الزكية : 96 ، سير أعلام النبلاء 3/11 .

(6) في (ص ، ك) : [قالوا مع] .

الهروبِ منهُ [1] والتغيب عن ذلك الأمير ، وهذا يحنثُ بسبب أنه إذا مضى زمن يمكنه التغيب عن خدمة [2] ذلك الأمير ولم يَتَغَيَّبْ فقد خَدَمَهُ مختارًا فيحنثُ ، ولا يقالُ : إن الخدمةَ السابقةَ [3] حَصَلَ بها مخالفةُ اليمين ، والمخالفةُ لا تتكرر فلا يحنَثُ بعد ذلك ؛ لأنا نقول : الحالةُ السابقةُ لم تَنْدرجْ في اليمينِ لأجلِ الإكراهِ ، والمرة الأخيرة التي هي أول الفعل الاختياري [4] هي أولُ مخالفاتِ اليمين فهي المعتبرة دون ما قبلها فتأمل ذلك . ومثال [5] هذهِ المسألةِ : إذا حلَفَ بالطلاق لا يُكَلِّمُ زيدًا فخالعَ امرأته وكَلَّمَهُ لَمْ يَلْزَمْهُ بهذا الكلامِ طلاقٌ ، فلو رَدَّ امرأته وكلَّمَهُ حَنَثَ عندَ مَالِكٍ ﷺ بسببِ أنهُ إنَّما قَصَدَ بِالحَلِفِ [6] بالطلاقِ أن يَحُثَّهُ الطلاقُ على عدمِ كلامه ؛ بسبب أنه يلزمهُ الطلاقُ حينئذٍ ، فما حلف إلا عَلَى نفي كلامٍ يلزمُهُ به الطلاقُ ، والكلامُ حالةَ الخلع لم يلزمْهُ به الطلاق لعدم قبول المحل له ، فَلا يكونُ من الكلام المحلوف عليه ، وأولُ كَلَامٍ يقعُ بعد رد امرأته هو أول مخالفةِ اليمين فيه ، فيلزمُ الطلاقُ به [7] لا بما قبله لما قلناه في الإكراهِ حرفًا بحرف ، فتأملْ ذلك فهذه الصورُ الثلاثةُ المتقدمةُ يحصلُ فيها التكررُ في صورةِ المخالفةِ لا في المخالفةِ المعتبرةِ بسببِ ما تَقَدَّمَ تقريره .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .

(2) في (ص ، ك) : [خدمته] .

(3) في (ص ، ك) : [السالفة] .

(4) في (ك) : [للاختيار] .

(5) في (ط) : [مثل] .

(6) في (ط) [لحلف] .

(7) ساقطة من (ك) .

الفرق الثالث والثلاثون والمائة

بين قاعدة النقل العرفي وبين قاعدة الاستعمال [1] المتكرر في العرف

1801 - اعلمْ أن الاستعمالَ [2] قد يتكررُ في العرف ولا يكونُ اللفظُ منقولًا ، ألا ترى أن لفظ الأسدِ قد تكرر استعمالُه في الرجلِ الشجاعِ ولم يَصِرْ منقولًا ، و تعني بالمنقول هو الذي يُفْهَمُ عند الإطلاقِ بغير قرينةٍ صارفةٍ له عن الحقيقةِ ، ولفظُ الأسد لا ينصرف عن الحقيقة إلى المجاز الذي هو الرجلُ الشجاعُ إلا بقرينةٍ صارفةٍ إليه ، وكذلك تكرر لفظ الغزالِ في المرأةِ الجميلةِ ، ولفظ الشمس والبدر ، وكذلك تكرر لفظ الغيثِ والبحر والغَمَامِ في الرجل السخي ، ومع ذلك لم يَصِرِ اللفظُ [3] منقولًا ، فظهر حينئذ أن النقل أخصُّ من التكرر ، وأن التكررَ لا يلزم منه النقلُ ؛ لأن الأعمَّ لا يستلزم الأخصَّ ، وإذا لم يَصِرْ اللفظُ منقولًا بمجرد التكرر لا يجوز حملُ اللفظ على شيء تكرر اللفظ فيه ، ولم يكنِ اللفظ موضوعًا له إلا بقرينة ، ولا يعتمد على مطلق التكرر ، وبهذا الفرق بين هاتين القاعدتين يظهر بطلان ما وقع في مذهبنا في المدونة أن مَنْ حَلَفَ لا يَفْعَلُ شيئًا حينًا أو زمنًا [4] أو دهرًا فذلك كله سنة [5] .

1802 - وقال الشافعي : « يُحْمَلُ على العرف في هذه الألفاظ » ، وقال أبو حنيفةَ وابنُ حنبل : « ذلك لستةِ أشهرٍ » ، لقوله تعالى : ﴿ تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ ﴾ [إبراهيم : 25] أي في ستةِ أشهرٍ ، وليس الأمرُ كَمَا قَالَاهُ ، بَلْ [6] النخلةُ من ابتداءِ حملها إلى نهايتِهِ تسعةُ أشهر ،

---

(1) في (ك) : [استعمال] .

(2) في (ك) : [استعماله في الرجل الشجاع] .

(3) ساقطة من (ص ، ك) .

(4) في (ص ، ك) : [زمانًا] .

(5) نص ما جاء في المدونة مع تصرف يسير :
قال سحنون لابن القاسم : أرأيت إن قال : والله لأقضينك حقك إلى حين كم الحين عند مالك؟ قال ابن القاسم : قال مالك : الحين سنة . قال سحنون : وكم الزمان ؟ قال ابن القاسم : سنة .
قال سحنون : وكم الدهر ؟ قال ابن القاسم : بلغني عنه في الدهر ، ولم أسمعه منه أنه قال أيضا سنة .
وقال ربيعة : الحين سنة والزمان سنة ، وذكر ابن وهب عن مالك أنه شك في الدهر أن يكون سنة ، فأما الحين والزمان فقال سنة .
وقال ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، ومالك قال تبارك وتعالى ﴿ تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ بِإِذْنِ رَبِّهَا ۗ وَيَضْرِبُ ٱللَّهُ ٱلْأَمْثَالَ لِلنَّاسِ ﴾ فهو سنة .
قال ابن مهدي : عن أبي الأحوص عن عطاء بن السائب عن رجل منهم قال : قلت لابن عباس : إني حلفت ألا أكلم رجلا حينا ، فقال ابن عباس ﴿ تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ بِإِذْنِ رَبِّهَا ۗ ﴾ الحين سنة .
انظر : المدونة الكبرى (39/2) .

(6) ساقطة من (ك) .

وحينئذ تُعْطِي ثمرَها ، وهو أحدُ الوجوه التي وقعت المشابهةُ فيها بين النخلةِ وبين بناتِ آدم ، وقد ذُكر ذلك في قوله ﷺ : « أكرموا عَمَّتَكُمُ النخلة » [1] قالوا : لأنها خلقت من فضلة طينة [2] آدم ، فهي عمةٌ بهذا المعنى ، وقال [3] قد حصلت المشابهة بينها وبين بني [4] آدمَ من أربعةَ عشرَ وجهًا : أحدها هذا الوجه ، وروى ابنُ وهب [5] عن مالك ترددًا [6] في الدهر هل هو سنةٌ أم لا ؟ وروى عن ابن عباس ﵄ [7] أنه سنةٌ ، لقوله تعالى ﴿ تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ ﴾ أشارَ إلى أن الثمرةَ إذا حملت [8] في وقتٍ لا تحمل بعد ذلك إلا في [9] ذلك الوقت .

وهذه الإشارات كلها إلى أصل وجودِ الاستعمالِ ، ولا يلزمُ من [حصول أصل] [10] الاستعمالِ أن يحمل [11] اللفظ [12] عليه من غير قرينة صارفة ، ولا يلزم من استعمالِ اللفظِ المتواطئ في بعض أفرادِهِ : مرة واحدة أو مرات أن يُقَالَ له شرعي و [13] لا عرفي ، بل ذلك شأنُ استعمالِ اللفظ المتواطئ ينتقل في أفراده والمنقول في اللغة أن الحين اسم لجزء [14] ما من الزمان ، وإن قل ، فهو يَصْدُقُ على القليلِ والكثير ، فالمتجه ما قاله الشافعي ﵁ ، [فقد ظهرَ] [15] الفرقُ بين قاعدةِ كثرةِ الاستعمالِ وقاعدةِ النقلِ ، وظهرَ [بظهورِه] [16] الحقُّ في هذهِ المسائلِ لأنَّ الكلامَ فيها مع عدم النية .

---

(1) أخرجه العقيلي في « الضعفاء » 256/4 عن علي بن أبي طالب ﵁ ، وابن الجوزي في « الموضوعات » 184/1 بلفظ « أحسنوا إلى عمتكم النخلة .... » .

(2) في (ص ، ك) : [طين] .

(3) ساقطة من (ص ، ك) .

(4) ساقطة من (ك) .

(5) هو أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي مولاهم الإمام الجامع بين الفقه والحديث ، أثبت الناس في الإمام مالك الحافظ الحجة ، روى عن أربعمائة عالم منهم الليث وابن ذئب ، وغيرهما له تآليف حسنة عظيمة المنفعة منها سماعه من مالك وموطأ الكبير والصغير . روى عنه : سحنون وأبو مصعب وغيرهما كان مولده في ذي القعدة سنة 125 ومات بمصر في شعبان سنة 197 وله فضائل جمة . شجرة النور الزكية ص 58 .

(6) في (ص) ، (ك) : [تردد] .

(7) هو ابن عم رسول الله ﷺ حَبرُ الأمة ، الفقيه المفسر ، ولد بشعب بني هاشم قبل الهجرة بثلاث سنين ، صحب النبي ﷺ نحو من ثلاثين شهرًا ، حدث عنه بجملة صالحة ، وعن عمر ، وعلي ، ومعاذ وغيرهم وقرأ على أبي ، وزيد ، وقرأ عليه : مجاهد وسعيد بن جبير ، وطائفة روى عنه : ابنه علي وابن أخيه ، ومواليه ، عكرمة وغيرهم . قال علي بن المديني : توفي ﵁ سنة ثمان ، أو سبع وستين ، وقال الواقدي : سنة ثمان . ومسنده ألف وستمائة وستون حديثًا . الإصابة 4781 . أسد الغابة 192/3 .

(8) في (ص ، ك) : [حصلت] .

(9) في (ص) : [في في] .

(10) في (ص) [حصوله من] ، وفي (ك) : [حصوله] .

(11) ساقطة من (ك) ، (ص) .

(12) في (ك) : [يلفظ] .

(13) ساقطة من (ك) .

(14) في (ك) : [بجزء] .

(15) في (ص) : [فظهر ظهر] ، وفي (ك) : [فظهر] .

(16) في (ك) : [بظهور] .

الفرق الرابع والثلاثون والمائة

بين قاعدة تعذر المحلوف عليه عقلًا
وبين قاعدة تعذره عادة أو شرعًا

1803 - اعلمْ [1] أنه إذا حَلَفَ ليفعَلَنَّ كذا [2] وتعذر الفعلُ عقلًا لم يَحْنَثْ إذا لم يمكنه الفعل قبل ذلك ، فإن أمكنه ثم تعذر حنث [3] ، وسرُّ [4] الفرقِ بين التعذرِ العقلي وغيره أن الناسَ إنما يقصِدُونَ بأيمانهم الحثَّ [5] على الفعلِ الممكنِ لهم ، أما المتعذرُ [6] عقلًا فلم يُوضَعِ اللفظُ في القسم حاثًّا عليه ، فلذلك المتعذر عقلًا لا يوجب حنثًا ؛ لأن الحلفَ على الشيء مشروطٌ بإمكانه ، وفواتُ الشرط يقتضي عدمَ المشروط ، فلا يبقى الفعلُ محلوفًا عليه فلا يضره [7] عدم فعله أما التعذرُ العادي أو الشرعيُّ الذي يكون الفعل معه ممكنًا عادةً ، فهذا مُنْدَرِجٌ في اليمينِ عَمَلًا بظاهرِ اللفظ ، فإن الحلف اقتضى الفعل في جميعِ الأحوالِ إلا ما دَلَّ الدليلُ على إخراجِه ، وقيل المتعذرات [8] كلها سواء ، وفي الفرق عدة مسائل :

1804 - المسألة الأولي : إذا حلف ليذبَحَنَّ الحمامةَ فقامَ مَكَانَهُ فوجدها مَيِّتَةً ، قال ابنُ القاسم [9] والشافعي : « لا حنثَ عليه » بخلافِ لو حَلَفَ ليبيعَن أَمَتَه فَيجدُها حَامِلًا عند ابن القاسم يَحْنَثُ [10] ؛ لأن المانع شرعي ، وسَوَّى بينهما سُحْنُونُ في عدم الحنث .

1805 - المسألة الثانية [11] قال مالك : الحالفُ ليضربَنْ امرأتَه إلى سنةٍ فتموت قبلَ السنةِ لا يحنَثُ بموتها ، وهو عَلَى بِرٍّ .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2) ساقطة من (ص ، ك) .
(3) انظر : المدونة الكبرى 19/2 .
(4) زيادة من (ص ، ك) .
(5) في (ط) : [الحنث] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(6) في (ك) : [التعذر] .
(7) في (ص ، ك) : [يضر] .
(8) في (ص ، ك) : [التعذرات] .
(9) هو عبد الرحمن بن القاسم الحنفي المصري المكنى بأبي عبد الله ، روى عن مالك وعبد الرحمن بن شريح وغيرهما ، وعنه أخذ : أصبغ والحارث بن مسكين وسحنون وابن عبد الحكم وغيرهم ، وهو أثبت الناس في مالك وأعلمهم بأقواله ، ولد ابن القاسم سنة اثنتين وثلاثين ومائة ، وتوفي في صفر سنة إحدى وتسعين ومائة - رحمه الله - عاش تسعًا وخمسين سنة . تذكرة الحفاظ 356/1 . سير أعلام النبلاء 72/1 .
(10) ساقطة من (ص) و (ك) .
(11) زيادة من المحققين .

1806 - المسألة الثالثة [1] : قال عبد الحق في تهذيب الطالب : إن حَلَف ليركبنَّ الدابةَ فَتُسْرَق [2] يحنثُ عند ابنِ القاسمِ ؛ لأن الفعلَ ممكنٌ عادةً ، وإنما مَنَعهُ السارقُ بخلاف موتِ الحمام .

1807 - وقال أشهب : لا يحنثُ لأنه متعذرٌ بسبب السرقةِ ، فإن ماتت قبلَ التمكنِ برٌّ لتعذر الفعلِ عقلا ، ومنع الغاصب والمستحق كالسارق ، وإن [3] حَلَف ليضربَنَّ عَبْدَهُ فَكَاتَبَهُ ، أو ليبيعن أمته فوجدها حاملًا يحنث ؛ لأن المانع شرعي ، والفعل ممكن .

1808 - وقال سحنون : « لا يحنث لأنه متعذر ، وإن حلف ليطأها فوجدها حائضًا ، يخرج الحنث على الخلاف » ، وقال أشهب : « إن حلف ليصومن رمضان وَشَوالًا [4] إن صام يوم الفطر بر وإلا حنث » .

1809 - تنبيه ومعني قول الأصحاب : « الفعلُ متعذرٌ عقلًا » يريدونُ أَنَّ فعله من [5] خوارقِ العاداتِ وإلا فممكنٌ [6] عقلًا ؛ لأنَّ [7] اللّهَ تعالى يُحْيِي الحمام والحيوانَ حتى يتأتى فيه أفعالُ الأحياء ، لكن ذلك خارقٌ [للعادة] [8] بخلاف السارقِ ونحوه لا يقالُ : إن الفعلَ مستحيلٌ عادةً ، فإن من الممكن عادةٌ القدرةُ على السارقِ والغاصبِ ويفعل ما حلف عليه ، فهذا تحريرُ القاعدتين والفرقُ بينهما .

---

(1) زيادة من المحققين .

(2) في (ك) : [فسرق] .

(3) في (ص ، ك) : [ولو] .

(4) في (ط) : [شوال] والصواب ما أثبتناه .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) في (ط) : [فيمكن] .

(7) في (ط) : [أن] .

(8) في (ص ، ك) : [العادة] .

الفرق الخامس والثلاثون والمائة

بين قاعدة المساجد الثلاثة يجب المشي إليها والصلاة فيها إذا نذرها وقاعدة غيرها من المساجد لا يجب المشي [1] إليها إذا نذر [2] الصلاة فيها [3]

1810 - قال مالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في المدونة : إذا قال عليَّ أن آتي إلى المدينةِ [4] أو بيتِ المقدس أو المشي إليهما [5] فلا يأتي إليهما [6] حتى يَنْوِيَ الصلاةَ في مسجديهما ، أو ما يلازم ذلك ، وإلا فلا شيءَ عليه ، ولو نذرَ الصلاةَ في غيرِهما [7] من المساجدِ صَلَّى بموضعه [8]

---

(1) في (ص ، ك) : [السعي] . (2) في (ك) : [نذرت] .

(3) قال ابن الشاط : قلت : ما حكاه لا كلام فيه وما قاله من أن الحديث يقتضي عدم لزوم المشي إلى غيرها ليس كما قال ، بل يقتضي عدم إعمال المطي إلى غيرها والمراد بذلك والله أعلم أن لا يتحمل مشقة السفر الذي يحوج إلى إعمال المطي إلا لهذه المساجد فيتقي السفر الذي لا يحوج إلي إعمال المطي وما دون ذلك مما ليس بسفر مسكوتا عنه في الحديث وما قاله : « من أن كل ما وجب المشي إليه وجب إعمال الركاب إليه وإلا فلا دعوى لا حجة فيما ذكر عليها والله أعلم » . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 86/3 ، 87) .

(4) المدينة المنورة : هي مدينة الرسول ﷺ ، وهي مقدار نصف مكة ، وهي في حرة سبخة الأرض ولها نخيل كثيرة ومياه ، وللمدينة سور والمسجد في نحو وسطها ، وقبر النبي ﷺ . في شرقي المسجد وهو بيت مرتفع ليس بينه وبين سقف المسجد إلا فرجة وهو مسدودلا باب له وفيه قبر عمر ، وقبر أبي بكر ، والمنبر الذي كان يخطب عليه رسول الله ﷺ . معجم البلدان [97/5 : 104] .

(5) في (ط) : [إليها] .

(6) في (ص ، ك) : [فلا يأتيهما] . (7) في (ص ، ك) : [غيرها] .

(8) جاء في المدونة : قال ابن القاسم : قال مالك : من قال عليّ المشي إلى مسجد الرسول أو مسجد بيت المقدس فليأتهما راكبا ، ولا مشي عليه ، ومن قال : عليّ المشي إلى بيت الله فهذا الذي يمشي قال : ومن قال علي المشي إلى غير هذه الثلاثة مساجد فليس عليه أن يأتيه مثل قوله علي المشي إلى مسجد البصرة ، أو مسجد الكوفة فأصلي فيه أربع ركعات قال : فليس عليه أن يأتيهما وليصل في موضعه حيث هو أربع ركعات . قال ابن القاسم : قال مالك فيمن قال علي المشي إلى مسجد بيت المقدس فعليه أن يأتي مسجد بيت المقدس راكبا فليصل فيه . قال ابن القاسم : ومن قال علي المشي إلى بيت المقدس أو إلى المدينة فلا يأتيهما أصلًا إلا أن يكون أراد الصلاة في مسجديهما فليأتهما راكبا .

وقال مالك : من قال لله علي أن آتي المدينة أو بيت المقدس ، أو المشي إلى المدينة ، أو المشي إلى بيت المقدس فلا شيء عليه ، إلا أن يكون نوى بقوله ذلك أن يصلي في مسجد المدينة أو مسجد بيت المقدس ، فإن كانت تلك نيته وجب عليه الذهاب إلى المدينة ، أو إلى بيت المقدس راكبا لا يجب عليه أن يمشي .

قال ابن القاسم : وقال مالك إن قال لله علي المشي إلى مسجد بيت المقدس أو مسجد المدينة وجب عليه الذهاب إليهما ، وأن يصلي فيهما . انظر : المدونة الكبرى (17/2 ، 18) بتصرف .

وقاله [1] الشافعيُّ وأحمد ابن حنبل ، وقال اللخمي : قال القاضي إسماعيل [2] : ناذرُ الصلاةِ في المسجد الحرامِ لا يلزمه المشي إذا نذره .

قال : والمشيُ في ذلك كُلِّه أفضلُ ؛ لأن المشيَ في القُرَبِ أفضلُ ، وهو قربةٌ قال : ومقتضَى أصلِ مالك أن يأتي المكيُّ المدينةَ لأنها أفضلُ ، فإتيانها من مكة [3] قربة بخلاف الإتيان من المدينةِ إلى مكةَ ، وقدَّم الشافعيُّ وأحمدُ بن حنبل [4] المسجدَ الحرامَ عليها [5] .

قال ابن يونس : يمشي إلى غير الثلاثةِ المساجدِ من [6] المساجدِ إن كان قريبًا كالأميال اليسيرة ماشيًا ويصلي فيه .

قال ابن حبيب : إذا كان بموضعه مسجدُ جمعةٍ لزمه المشي إليه .

وقال مالك : وبه أفتى ابنُ عباسٍ مَنْ بمسجدِ قباء وهو من المدينة على ثلاثة أميال .

وفي الجواهر : الناذرُ إن [7] كان بمكةَ أو المدينةِ ونذر بيتَ المقدسِ يُصَليِّ في مسجدِ موضعه لأنه أفضلُ ، وإن كانَ بالأقصى [8] مَضَى إليهما ، ويمشي المكي إلى المدينة والمدني إلى مكة للخروج من [9] الخلافِ ، وأصلُ الباب قولُ رسول اللّه ﷺ « لا تعمل المطي [10] إلا لثلاثةِ مساجدَ : مسجدي هذا ومسجدُ إيلياء [11] والمسجد الحرام » [12]

(1) في (ك) : [قال] .

(2) هو إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل بن حماد بن زيد بن درهم الأزدي ، مفسر ، مقرئ ، فقيه ، نشأ ببغداد وولي القضاء بها إلى أن توفي لثمان بقين من ذي الحجة . من تصانيفه « المسند ، أحكام القرآن ، معاني القرآن ، كتاب القراءات » معجم المؤلفين 359/1 .

(3) مكة : هي بيت اللّه الحرام ، طولها من جهة المغرب ثمان وسبعون درجة ، وعرضها ثلاث وعشرون درجة ، وسميت مكة لأنها تمك الجبارين أي تذهب نخوتهم ، ويقال : إنها سميت مكة لازدحام الناس بها ، ويقال : مكة اسم المدينة ، وبكة اسم البيت ، وقال آخرون : مكة هي بكة ، يقال أيضًا إنها سميت مكة لأن العرب في الجاهلية كانت تقول : لا يتم حجنا حتى نأتي مكان الكعبة فنمك فيه أي نصفر صفير المكاء حول الكعبة . معجم البلدان 210/5 .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [عليهما] .

(6) في (ص ، ك) : [و] .

(7) في (ص ، ك) : [إذا] .

(8) في (ص ، ك) : [بالمقدس] .

(9) في (ص ، ك) : [عن] .

(10) المط : المطو : الجد والنجاء في السير ، ومطا الرجل يمطو إذا سار سيرًا حسنًا . انظر : اللسان (مطا) (4226) .

(11) إيلياء اسم مدينة بيت المقدس ، قيل : معناه بيت اللّه ، قال أبو علي : وقد سمي البيت المقدس إيلياء بقول الفرزدق : وبيتان بيت اللّه نحن ولاته .. وقصر بأعلى إيلياء مشرف .

وقيل : إنما سميت إيلياء باسم بانيها ، وهو إيلياء بن إرم بن سام بن نوح عليه السلام ، وهو أخو دمشق وحمص وأردن وفلسطين . انظر : معجم البلدان (348/1 ، 349) .

(12) أخرجه : (النسائي) (الجمعة) (45) ، الموطأ (الجمعة) (16) ، أحمد 93/3 .

فاقتضى ذلك عدمَ لزومِ المشي إلى غيرها [1] فإنَّ [كُلَّ ما] [2] وجب المشي إليه وجب إعمالُ الرِّكاب إليه وإلاَّ فلا .

وسرُّ الفرقِ أن النذرَ لا يؤثر إلا في مندوبٍ ، فما لَا رُجْحَانَ في فعلِه في نظرِ الشرعِ لا يؤثر فيه النذرُ ، وسائرُ المساجد مستويةٌ من جهةِ أنها بيوتُ [3] القُرَبِ والتقربِ إلى اللّه تعالى بالصلاةِ فيها ، فلا يَجِبُ الإتيانُ إلى شَيءٍ منها لعدمِ الرجحان [4].[5] .

1811 - فإن قلتَ : إن [6] المساجدَ أفضلُ من غيرِها إجْمَاعًا ، وبعضُها أفضلُ من بعض ، [إما لكثرة] [7] طاعةِ اللّهِ تعالى [8] فيها ، وإما لِقِدَمِ [9] هجرتِه أو لكثرةِ جَمَاعَتِهِ أو غير ذلك من أسباب التفضيل ، ومقتضى ذلك وُجُوبُ الصلاةِ فيها إذا نذرت لأجلِ الرجحان في نظر الشرع .

1812 - قلت : سؤالٌ جليلٌ [10] ، والجوابُ عنه : أن القاعدةَ الشرعيةَ أن الفعلَ قد يكونُ راجحًا في نفسه ولا يكونُ ضَمُّه لراجح آخرَ في نفسه رَاجِحًا في نظرِ الشرعِ ، وقد يكونُ ضَمُّه راجحًا ، فَمِنَ الأولِ : الصلاةُ والحجُّ راجحان في نظرِ الشرع كل واحد منهما في نفسه ، وليس ضمهُمَا راجحًا في نظرِ الشرع ، والصومُ والزكاةُ راجحان منفردين ، وليس ضمهماَ راجحًا في نظرِ الشرع ، بل قد يكونُ الفعلانَ راجحين في نظر الشرع وضمهمَا مرجوحٌ في نظر الشرع ، كالصومِ والوقوفِ بعرفةَ والتنفلِ في المصلى مع صلاةِ العيد والركوع وقراءةِ القرآن لقوله ﷺ « نهيتُ أن أقرأ القرآن [راكعًا أو ساجدًا] [11].[12] » والدعاءِ في بعض أجزاءِ الصلاة كما قَبْلَ التشهدِ ونحوه ، ومما رجح

---

(1) في (ك) : [غيرهما] .

(2) في (ص ، ك) : [كلما] .

(3) في (ص ، ك) : [بيت] .

(4) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله من استواء المساجد وعدم الرجحان فيها دعوى لم يأت عليها بحجة . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 87/3 .

(5) قال البقوري : قلت : وهذا الكلام يقرر أن المدني إذا نذر المشي إلى المسجدين لا يلزمه ذلك على مذهب مالك الذي يرى رجحان مسجد المدينة على سائر المساجد ، ويلزم على مذهب الشافعي أن يوفي بنذر المشي إلى المسجد الحرام دون مسجد إيلياء عند الجميع . انظر : ترتيب الفروق واختصارها (486/1) .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) في (ص ، ك) : [باعتبار كثرة] .

(8) ساقطة من (ك) .

(9) في (ص ، ك) : [القدم] .

(10) في (ص) ، (ك) : [مخيل] .

(11) في (ص ، ك) : [ساجدا أو راكعا] .

(12) أخرجه : مسلم (الصلاة) (738) ، أبو داود (الصلاة) (742) ، ابن ماجه (تعبير الرؤيا) (3889) ، الدارمي (الصلاة) (1291) .

منفردًا ومجتمعًا [1] الصومُ والاعتكافُ ، والتسبيح والركوعُ ، ونحو ذلك ، [وقد تقدم] [2] بسطُ هذهِ القاعدةِ ، فاعتقادُ رجحانِ المساجدِ على غيرِها أو رجحانِ بعضِها على بعضٍ لا يُوجِبُ اعتقادُ ضمِ الصلاة إليها ؛ لأن اعتقادَ الرجحان الشرعي يتوقف على مدرك شرعي ، ولم يرد بل ورد الحديث المتقدم بعدم [3] ذلك [4] ، وليس لك أن تقول : إن رجحانَها إنما ثبت باعتبارِ الصلاةِ فيها ، فإني أمنعُ ذلك ، بل ما دلَّ الدليلُ على رجحانها باعتبار الصلاة إلا باعتبارِ صلاةِ الفرضِ دونَ النفلِ من الصلاةِ ، لقوله ﷺ : « خير صلاة أحدكم في بيته إلا المكتوبة » [5] مع أن المساجدَ من حيثُ هي مساجدُ مستويةٌ بالنسبةِ إلى المكتوبةِ أيضًا حتىَّ يردَ دليلٌ شرعي يقتضي رجحانَ بعضها على بعضٍ باعتبارِ فرضٍ أو نفلٍ ، فإن الرجحانَ الشرعيَّ حكمٌ شرعي يتوقف على مدرك شرعي ، والحديثُ السابق اقتضى عكسَ ذلك ، فلا يجبُ [السعيُ حينئذ] [6] إلى مسجدِ غيرِ الثلاثةِ ، وإن نذره [7] ، وأما ما وقعَ من قولهِ : « يمشي إلى القريب » [فمراعاة لضرورة] [8] النذرِ ، و [9] علىَ وجهِ الندبِ دونَ الإلزامِ [10] ، وقول ابنِ حبيبٍ :

---

(1) ساقطة من (ص) ، وفي (ك) : [مجموعًا] .

(2) ساقطة من (ك) . (3) في (ط) : [بعد] والصواب ما أثبتناه .

(4) قال ابن الشاط : قلت : ما قرره من القاعدة صحيح فقول بموجبه ولا يلزم عنه مقصوده ، وما قاله من اعتقاد رجحان المساجد على غيرها أو رجحان بعضها على بعض لا يوجب الاعتقاد ضم الصلاة إليها ليس بصحيح فإن المساجد لا معنى لفضلها على غيرها أو فضل بعضها على بعض إلا بالنسبة إلى الصلاة فيها لا باعتبارها في أنفسها ، وما قاله من أن الرجحان الشرعي يتوقف على مدرك شرعي صحيح والمدرك الشرعي في ذلك الأمر المعلوم من الدين ضرورة أن الصلاة المكتوبة في المسجد أفضل منها في غيره ، وقوله : بل ورد الحديث المتقدم بعدم ذلك ليس بصحيح بل ورد بعدم إعمال المطي لا بعدم المشي جملة فإن إعمال المطي أخص من المشي مطلقًا ونفي الأخص لا يستلزم نفي الأعم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 87/3 ، 88 .

(5) أخرجه : البخاري (أذان) (81) ، أدب (75) ، اعتصام (3) ، مسلم (مسافرين) (213) ، أبو دواد (صلاة) (199) ، وتر (11) ، الترمذي (صلاة) (213) ، النسائي (قيام الليل) ، الموطأ (جماعة) (4) ، أحمد 187/5 .

(6) في (ص ، ك) : [حينئذ السعي] .

(7) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله من أن المساجد مستوية بالنسبة إلى المكتوبة مع تسليمه قبل هذا أن بعضها أفضل من بعض لا يتبين لي معناه ، وإذا لم تكن الأعمال في بعض المساجد أفضل من الأعمال في غيره فما المراد بفضل بعضها على بعض ، وما قاله : من أن الحكم الشرعي يتوقف على مدرك شرعي صحيح ، وما قاله من أن الحديث السابق يقتضي عكس ذلك ليس بصحيح وقد سبق بيانه انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 88/3 .

(8) في (ص ، ك) : [فمراعاة لصورة] . (9) زيادة من (ك) .

(10) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في ذلك كلام ضعيف لا يصح إلا بحجة ولم يأت بها . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 89/3 .

يمشي [إلى مسجد] [1] الجمعةِ مشكلٌ يتوقف ذلك على دليل يدلُّ عليه لما تقدم من القاعدة ، وكذلك قولُ الأصحاب : يمشي إلى المسجد القريب استحسانٌ من غير مدرك ظاهرٍ ، والصوابُ ما تقدم [2] .

1813 - فإن قلت : القاعدةُ في النذرِ أنه لا يجزئ فعلُ الأعلَى عن فعل [3] الأدنَى إذا نذره ، فمنْ [4] نذر أن يتصدقَ برغيفٍ لا يجزئه أن يتصدقَ بثوب ، وإن كان أعظمَ منه وقعًا ، [عند اللّهِ تعالى ، وعند المسلمين] [5] ، ومن نذرَ أن يَصومُ يومًا لم يجزه أن يصليهُ بدلًا عن الصوم ، وإن كانت الصلاةُ أفضلَ في نظر الشرع ، ومنْ نذر أن يحجَّ لم يجزه أن يتصدقَ بآلافٍ منَ [6] الدنانيرِ على الأولياءِ والضعفاءِ ، ولا أن يصليَ السنينَ مع أن الصلاةَ أفضلُ من الحج ، ونظائرُ ذلك كثيرةٌ ، وإذا [7] تقررتْ هذه القاعدَة كيف صحَّ في هذا الباب أن من نذر أن يصليَ بالبيت المقدس يصلي بالمدينة أو بمكةَ [8] إذا كان مقيمًا بهما [9] ولا يأتي بيتَ المقدسِ ، وغايتهُ أنه ترك المفضولَ لفعل الفاضلِ ، والقاعدةُ منع ذلك ، فكيف [ساغ ذلك هنا] [10] ؟ .

1814 - قلت : ظاهرُ كلامِ الأصحابِ أنه يصليٌ بالحرمين إذا كان مقيمًا بهما حالةَ النذر؛ لأنه حينئذٍ نذر الخروج ، وترك [الصلاة في الحرمين] [11] حتى يصليهَا [ببيت المقدسِ] [12] فقد نذرَ المرجوحَ ، والنذرُ لا يؤثر في المرجوحِ ، بل في المندوب الراجح ، أما لو [13] كان بغير المواضعِ الثلاثةِ من أقطارِ الدنيا ، ونذرَ المشيَ إلى بيتِ المقدس ينبغي أن يتعين عليه ، أو يقال الصلاةُ من حيثُ هي صلاةٌ حقيقةٌ واحدةٌ ، فالعدولُ فيها عن الصفةِ الدنيا إلى الصفة العليا لا يقدحُ في موجب النذرِ ، ألا ترى أنه لو نذر أن يتصدق

---

(1) في (ص ، ك) : [لمسجد] .

(2) قال ابن الشاط : قلت : كلامه هذا كلام متناقض وكيف يصح أن يكون قول الأصحاب استحسانا من غير مدرك ؟ وهل الاستحسان إلا مدرك عند القائلين به . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 89/3 .

(3) في (ص ، ك) : [فعلي] .

(4) في (ص) : [من] ، وفي (ك) : [كمن] .

(5) في (ص ، ك) : [عند المسلمين وعند اللّه تعالى] .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) في (ك) : [إذا] .

(8) في (ص ، ك) : [مكة] .

(9) في (ك) : [بها] .

(10) في (ص) : [ساغ هنا] ، وفي (ك) [شاع هاهنا] .

(11) في (ص) : [الخروج] ، في (ك) : [بالحرمين] .

(12) في (ص ، ك) : [بالبيت] .

(13) في (ص ، ك) : [إذا] .

بثوب خلقٍ أو غليظٍ أو [1] غير ذلك من الصفاتِ التي لا تتضمنُ مصلحةً ، بل هي مرجوحةٌ في الثيابِ فتصدقَ بثوب جديدٍ ، وغير ذلك من الثياب الموصوفة بالصفات الجيدة فإنه يجزئه ، فإن النذر لما ورد على الثوب الخلق ورد على شيئين .

أحدهما : أصلُ الثوبِ ، والثاني [2] : صفتُه ، فأما التصدقُ بأصل الثوب فقربةٌ فتجبُ ، وأما التصدقُ بوصف الخلق فليس فيه ندبٌ شرعي فلا يؤثرُ فيه النذرُ ، فيجزئُ ضده ، فكذلك [3] هاهنا لما نذر الصلاةَ ببيت [4] المقدسِ فقد نذر أصل [5] الصلاةِ موصوفةً بخمسمائةِ صلاة ، كما ورد [في الحديث : « إن الصلاة في بيت] [6] المقدس بخمسمائة صلاة » [7] ، وهذه الخمسمائة هي بعينِها في الحرمين مع زيادةِ خمسمائة أخرى لقوله [عليه الصلاة والسلام] [8] : « صلاةٌ في مسجدي هذا خيرٌ من ألفِ صلاة في غيرِه إلا المسجد الحرام [9] » [10] فكلُّ ما هو مطلوبٌ للشرع في البيت المقدس هو [11] موجودٌ في الحرمين من أصلِ الصلاةِ وزيادةِ أجرها ، ولم يفترقا إلا في زيادةِ خمسمائة أخرى [12] تحصلُ له في الحرمين [13] ، وتركُ هذه الزيادةِ ليست مقصودةً

---

(1) في (ط) : [و] .

(2) في (ط) : [الآخر] .

(3) في (ص) ، (ك) : [كذلك] .

(4) في (ص ، ك) : [بالبيت] .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) في (ص) : [الحديث في أن صلاة بالبيت] وفي (ك) : [الحديث في أن الصلاة بالبيت] .

(7) أخرجه (ابن ماجة) (إقامة الصلاة) (1397) ولكن بلفظ « صلاة في بيت المقدس بألف صلاة » .

(8) في (ص ، ك) : [ﷺ] .

(9) أخرجه البخاري (الجمعة) (1116) ، مسلم (الحج) (2469) ، الترمذي (صلاة) (299) ، النسائي (مساجد) (687) ، ابن ماجة (إقامة) (1394) .

(10) قال ابن الشاط : قلت : ليست الخمسمائة التي في بيت المقدس هي بعينها التي في الحرمين مع الزيادة ولا يصح ذلك كيف والأفعال تختلف باختلاف المكان والزمان وغير ذلك من الأمور الموجبة لاختلاف كل فعلين داخلين تحت جنس واحد مع أن هذه الخمسمائة ليست أفعالا واقعة من المكلف بل هي جزاء علي فعله صلاة واحدة في البيت المقدس ، فكل كلامه هذا غير محقق ولا محصل إلا أن يريد أن المجزي عليه بخمسمائة والمجزي عليه بألف جنس واحد وهو الصلاة فلذلك وجه إلا أن عبارته بعيدة عن احتمال ذلك . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 90/3 ، 91 .

(11) ساقطة من (ص ، ك) .

(12) في (ص) : [أخر] .

(13) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله من أن كل ما هو مطلوب للشرع من أصل الصلاة وزيادة أجرها غير صحيح فإن أجر الصلاة ليس بمطلوب وإنما هو موهوب ، وما قاله من أنهما لم يفترقا إلا في زيادة خمسمائة أخرى تحصل له في الحرمين غير صحيح أيضا فإنه ليس قدر ما يفضل به مسجد النبي ﷺ مسجد المقدس مثل قدر مال يفضل به المسجد الحرام على حسب الخلاف في ذلك . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 91/3 .

للشارع فلا جرم لم يتعلقْ بها نذرٌ ، ويكونُ وزانُ ذلك منْ نذر أن يتصدقَ بثوبٍ فتصدقَ بثوبين [1] فإنه يجزئه إجماعًا ، ولا يكون وزانه منْ نذرَ أن يصومَ فصلى لأن خصوصَ الصوم [في الصلاة] [2] من حيثُ هو صومٌ مطلوبٌ لصاحبِ الشرع ، ولم يحصلْ هذا الخصوصُ في الصلاة كما حصلَ خصوصُ [3] الخمسمائة في الألف [4] بعينه [5] من غير خلل البتة [6] فهذا هو سرُّ الفرقِ بين قاعدة عدم إجزاء [7] الراجح عن المرجوح في العباداتِ ، وقاعدةِ إجزاء الصلاةِ بالحرمين عن الصلاة [ببيت] [8] المقدس ، والصلاة في كل مسجد عن الصلاة في مسجد آخرَ من مساجدِ الأقطارِ فتأمل ذلك .

1815 - تنبيه : مقتضى ما تقرر في النذر [9] لزومُ ثلاثةِ [10] إشكالاتٍ على قواعد الفقهاء [11] .

1816 - الإشكال الأول على ما يقولُه [12] الفقهاءُ : أن النذرَ لا يؤثر إلا في مندوبٍ ، ولا تأثيرَ له في واجبٍ ؛ لأنه لازمٌ له [13] قبل النذرِ ، ولا في مباحٍ ؛ لأن صاحبَ الشرعِ لا يُلْزِمُ أحدًا بفعلِ المباحِ نذره أم لا ، والمحرم والمكروه بطريق الأَوْلَى ، وإذا كانت القاعدةُ أن النذرَ لا يؤثر إلا في راجحٍ في نظر الشرع أشكل على ذلك أنه [14] إذا نذر أن يتصدق بهذا الشعيرِ ليس له أن يخرج عنه قمحًا ، مع أن هذا الشعيرَ مشتمل على أمرين :
أحدهما : الماليةُ وهي موجودةٌ في القمحِ ، والتصدقُ بها راجحٌ في نظر الشرع .
والثاني : كونهُ شعيرًا [وكونهُ شعيرًا] [15] لم يؤمر [16] بخصوصهِ في الصدقةِ ، ولا هو

---

(1) قال ابن الشاط : قلت : ليس وازنه ما ذكر وكيف ينظر بين جزاء فعل المكلف وبين متعلق فعله ؟ هذا خلل واضح . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 91/3 .
(2) زيادة من (ك) .
(3) زيادة من (ص ، ك) .
(4) قال ابن الشاط : قلت : لو كانت الخمسمائة والألف من أفعال المكلف لما صح حصول الخمسمائة في الألف فإن الخمسمائة مقيدة بالاقتصار عليها ، والألف مقيدة بتمامها والقيدان لا يجتمعان . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 91/3 .
(5) زيادة من (ص ، ك) .
(6) قال ابن الشاط : قلت : وأي خلل أعظم من خلل يؤدي إلى الجمع بين النقيضين . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 91/3 .
(7) في (ط) زيادة (خمسمائة أخرى لقوله) .
(8) في (ص ، ك) : [بالبيت] .
(9) في (ص ، ك) : [النذور] .
(10) في (ص ، ك) : [ثلاث] .
(11) ساقطة من (ص ، ك) .
(12) في (ط) : [يقول] .
(13) ساقطة من (ص ، ك) .
(14) زيادة من (ص ، ك) .
(15) ساقطة من (ص ، ك) .
(16) في (ص ، ك) : [يؤمن] .

راجحٌ في نظرِ الشرعِ ، فكان يلزم أن لا يلزمه خصوصُ الشعيرِ ، وكذلك إذا نذرَ أن يتصدق بهذا [الثوبِ] [1] فتصدقَ بألفِ دينارٍ لا يجزئُه ، أو نذرَ أن يصومَ لا تجزئه الصلاةُ مع اشتراكهما في القربة ، وليسَ في خصوصِ الصومِ وجهُ يترجح [2] به على الصلاةِ حتى يؤثر فيه النذر ، ويمنع من إقامة الصلاة مقامه ، وكذلك القولُ في جميع الأجناسِ تتعين من الأموالِ والعباداتِ يلزمُ خصوصُها [3] بالنذرِ ، وإن لم يكن ذلك الخصوصُ راجحًا في نظرِ الشرع ، بل القربةُ ما اشتمل عليه مما هو مشتركٌ بينه وبين غيره ، فقد أثرَّ النذر فيما ليس براجحٍ في نظر الشرع [4] ، [5] .

1817 - الإشكال الثاني على قاعدة من يقول : النقدانِ [6] لا يتعينان لعدمِ تعلقِ القصدِ بخصوصياتهما شرعًا وعادةً ، فيلزم هذا القائل أنه إذا نذرَ أن يتصدق بهذا الدرهمِ أن يتركهُ ويخرجَ غيرهَ ، أو بهذا الدينارِ أن يتركه ويخرجَ غيرَه ، مع أن ظاهرَ كلامِهم يقتضي تعيينَه بالإخراجِ ، وذلك يقتضي أن الخصوصَ يتعلقُ به قصدٌ شرعي وعادي ، وهو خلافُ [7] قاعدتهم في عدم التعيين ، ويلزمُ إذا نذر أن يتصدق [بهذا الدرهم] [8]

(1) في (ص ، ك) : [البر] .

(2) في (ص) : [يرجح] وفي (ك) : [ترجيح] .

(3) في (ك) : [خصوصا] .

(4) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله من أن النذر قد أثر فيما ليس براجح في نظر الشرع ليس بصحيح ، بل أثر راجح في نظر الشرع من أجل أن كل ما ذكر مندوب إليه على الجملة لا من جهة أنه مندوب راجح وإنما لم ينب القمح عن الشعير ، والصلاة عن الصوم لأنه لم ينذر القمح ولا الصلاة فلو فعل التصدق بالقمح بدل الشعير أو فعل الصلاة بدل الصوم لكان قد خالف ما التزمه اللّه تعالى وليس للندب أثر إلا في تصيير المندوب من حيث هو مندوب واجبا خاصة وامتنعت نيابة الجنس الأعلى من متعلق العبادات عن الجنس الأدنى منها ، وكذلك نيابة الجنس الأعلى من متعلق العبادات عن الجنس الأدنى منه ؛ لأن فيه مخالفة النذر وجازت نيابة الصفة العليا من صفات متعلق العبادة عن الدنيا لأنه ليس في ذلك مخالفة للنذر . والفرق بين الأمرين أن الجنس أعني جنس العبادة أو متعلقها مما هو جنس مقصود من مقاصد الشرع وصفة متعلقها إنما هي صفة ليست مقصودة له وعلى الصفة تتخرج مسألة ناذر الصلاة في المسجد الأقصى فلا أشكال واللّه أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 92/3 .

(5) قال البقوري : قلت : هذا الإشكال غير لازم من حيث إنه لا انفكاك للأعم عن الأخص ، ولا للأخص عن الأعم في الوجود الخارجي ، وإذا كان هكذا فنقول : إن النذر لا يؤثر إلا في راجح ، والقضية صادقة والمراد بالنذر إخراج المنذور للخارج ، وذلك لا يتصور بحسب الأعم وحده ، ولا بحسب الأخص وحده فإذا النذر متعلق بذلك الأعم مع أخصه . انظر : ترتيب الفروق واختصارها (490/1) .

(6) في (ص ، ك) : [إن النقدين] . (7) في (ك) : [خالف] .

(8) في (ص) : [بهذه الدراهم] .

أو بدراهمَ لم يعينها أن يخرجَ عوضهاَ دنانيرَ ؛ لأن التقربَ في المالية لا في كونها دراهمَ أو [1] دنانيرَ ، بل قد يكونُ أحدهما أنفعَ للفقيرِ ، وهو ما لم ينذر لراحته [2] من الصرف في دفع الدراهم عن الدنانير المنذورة [3] .

1818 - الإشكالُ [4] الثالث : مقتضى ما تقدم من تقديم المسجد الحرام على [المسجد] [5] الأقصىَ لزيادةِ فضلهِ [6] مع [تحصِيل] [7] أصلِ التقرب أن تكونَ أجناسُ المنذورات كلُّها كذلك يقدمُ فاضلُها على مفضولِها [ويخرج القمح بدل الشعير [8] فيطلب

---

(1) في (ك) : [و] . (2) في (ص ، ك) : [لمن أحبه] .

(3) قال البقوري : قلت : الخلاف في التعيين ، فقيل : لا يتعين مطلقا ، وقيل : يتعين بالإخراج ، وهما قولان معروفان . ومع اختلاف القولين في المذهب أي إشكال في ذلك ؟! وإنما يكون الإشكال لو كان القول واحدا انظر : ترتيب الفروق واختصارها (491/1) بتصرف يسير .

(4) ساقطة من (ص) و (ك) . (5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) في (ط) : [فضيلته] . (7) في (ك) : [تحصل] .

(8) ألحق البقوري أربع مسائل بباب الأيمان قال عنها : هي لائقة به لم يذكرها شهاب الدين وهذه المسائل هي :

المسألة الأولى : قال مالك : يلزم نذر المشي إلى بيت اللّه ولا يلزم ذلك في المدينة وبيت المقدس ، والكل مواضع يتقرب بإتيانها إلى اللّه تعالى ، وقد ذكر الجميع في استعمال المطي ، فالجواب : أن في المشي إلى بيت اللّه طاعة ، فلزم النذر ، والطاعة في بيت المقدس والمدينة الصلاة في مسجديهما فقط ، فلم يلزم نذر المشي لأنه لا طاعة فيه . ألا ترى أنه إذا نوى الصلاة في مسجديهما لزمه ذلك ولو نذر أن يأتي المسجد من غير صلاة لم يلزمه ، لأن الطاعة إنما هي الصلاة فقط .

المسألة الثانية : قال ابن القاسم : إذا حلف أن لا يأكل سمنا فأكل سويقا ملوثا بسمن ، حنث ، وإذا حلف أن لا يأكل خلًّا ، فأكل من طعام الخل لم يحنث ، وفي كلا الموضعين ، عين المحلوف عليك قد استهلك . والفرق بينهما أن الخل إذا طبخ زال اسمه وانتقل إلى اسم آخر وهو مرقة فلم يحنث ، لأنه إنما أكل مرقة لا خلا ، والسمن اسمه باق ، إنما انضاف إلى غيره وذلك لا ينقله عن اسمه ، ألا ترى أنه يقال : سمن ملوث بسويق ، ولا يقال ذلك في الخل ، فافترقا .

المسألة الثالثة : إذا كرر اليمين باللّه مرارا على شيء واحد فهي بمنزلة واحدة إلا أن يريد التكرار والطلاق على التكرار إلا أن يريد التأكيد ، فلم كان ذلك ؟ . فالجواب : أن كل طلقة لها حكم تختص به ، لأن الواحدة لا توجب التحريم في المدخول بها ، والاثنان توجبان ضعف ملك الزوج لها ، لأنها تبقى معه على واحدة . والثلاثة توجب التحريم إلا بعد زوج ، فلم تنضم واحدة مع أخرى إلا للمعنى الذي اختص به كل طلقة فهي للتكرار ، واليمين باللّه موجب واحد لا يختلف فكان تكرارها محمولا على ذلك الموجب لا يختلف إلا أن يراد غيره وأيضا فالطلاق غلظ في أمره ما لم يغلظ في اليمين باللّه تعالى ، فجاز أن يلحقه التغليظ في هذا الموضع دون اليمين .

المسألة الرابعة : قال ابن القاسم : إذا حلف بعتق عبده فباعه عليه السلطان في دين ، فمتى عاد إليه عادت عليه اليمين إلا أن يعود عليه بميراث ، فلا شيء عليه ، والمحلوف به قد عاد إليه في الجميع فلم كان ذلك ؟ =

الفرق][1].[2] .

= فالجواب : أن التفليس لتهمة تلحقه أن يكون أظهره ليبطل العتق فلما اتهم عاد إليه اليمين إذا اشتراه ، ولذلك لو باعه ثم اشتراه التهمة تلحقه أن يكون باعه فيبطل عتقه ، وليس كذلك إذا عاد إليه بالميراث ، إذ لا تهمة فلم تعد اليمين عليه . انظر : ترتيب الفروق واختصارها (492/11 ، 493) وقد أضفنا كلمة « قال » في المسألتين الثانية والرابعة ليستقيم السياق .

(1) قال ابن الشاط : قلت : ليس ما قاله في ذلك بصحيح فان مسألة الحرام والأقصى ليست من نيابة الجنس عن الجنس بل من نيابة الصفة العليا عن الصفة الدنيا والله أعلم . قلت : وتلخيص القول في المنذورات عندي أن الناذر إذا نذر عملا من أعمال البر فإنه لا يخلو من أن يكون منذوره ذلك معين الشخص كما إذا قال لله علي أن أعتق هذا العبد أو أتصدق بهذا الثوب ، أو لا يكون منذوره ذلك معين الشخص فإنه لا يجزئه في الخروج عن عهدة ذلك النذر إلا ذلك المعين . وان لم يكن منذوره ذلك معين الشخص فلا يخلو أن يكون معين النوع كما إذا قال لله علي أن أصوم ، أو لا يكون كذلك ، فان كان معين الصفة فلا يخلو من كونه معين النوع أن يكون معين الصفة ، أو لا يكون كذلك ، فان كان معين الصفة فلا يخلو أن تكون الصفة مما يتعلق بها مقصد شرعي ، أو لا تكون كذلك ، فان كان معين النوع فقط فلا يجزئه إلا ذلك النوع بأي صفة كان . وأن كان معين النوع والصفة من متعلق المقصد الشرعي فلا يجزئه إلا كذلك ، وإن كان معين النوع والصفة مما لا يتعلق بها مقصد شرعي فلا يجزئه بأدنى من تلك الصفة ويجزئه بأعلى منها . وعلى هذا القسم تخرج مسألة الأقصى والحرام وإن كان غير معين النوع كما إذا قال لله علي أن أعمل عملًا صالحًا فإنه يجزئه أي عمل من أعمال البر عمله والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 93/3 ، 94 .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

الفرق السادس والثلاثون والمائة

بين قاعدة المندوبات

وقاعدة غيرها من الواجبات الشرعية [1] ، [2]

1819 - اعلم أن الأوامرَ تتبعُ المصالحَ كما أن النواهيَ [3] تتبعُ المفاسدَ ، والمصلحةُ إن كانت في أدنى الرتبِ كان المرتبُ عليها الندبَ ، وإن كانت في أعلى الرتب كان المرتبُ عليها الوجوبَ ، ثم إن [4] المصلحةَ تترقى [5] ويرتقي الندبُ بارتقائها [6] حتى يكونَ أعلى مراتب الندب يلي [7] أدنى مراتبِ الوجوبِ ، وكذلك نقولُ في المفسدة التقسيم بجملته ، وترتقي الكراهةُ بارتقاءِ المفسدة حتى يكون أعلى مراتب المكروه يلي [8] أدنى مراتب التحريم .

1820 - إذا تقرر ذلك علمَ حينئذ أن المصلحةَ التي تصلُح للندبِ لا تصلحُ للوجوب ، لاسيما إن كان الندبُ في الرتبةِ الدنيا ، فإن الشرع خصص المرتبةَ العليا من المصالحِ بالوجوبِ ، وحثَّ عليها بالزواجرِ صونًا لتلكِ المصلحةِ عنِ الضياعِ ، كما خصصَ المفاسدَ العظميةَ بالزجر والوعيد حسمًا لمادةِ الفسادِ عنِ الدخول في [9] الوجودِ تفضلًا منه تعالى عند أهلِ الحق لا وجوبًا عقليًا كما قالت [10] المعتزلةُ ، ولو شاء اللّه [11] تعالى لم يرتبْ ذلك ، هذا في الأحكامِ المقررةِ في أصلِ الشريعةِ ، وكذلك القولُ في الأسباب الشرعيةِ لم [12] يجعلْ صاحبُ الشرعِ شيئًا سببَ [13] وجوبِ فعل علىَ المكلف إلا وذلك السببُ مشتملٌ على مصلحة تناسبُ الوجوبَ ، فإن قصرت [14] عن ذلك جعلها سبب الندب ، وكذلك القولُ في أسبابِ التحريم والكراهةِ ، فبذلُ الرغيف للجوعان [15] المشرفِ على الهلاكِ واجبٌ ، وسببُ الوجوبُ [الضرورةُ ، وهذا السببُ مشتملٌ

---

(1) في (ص ، ك) : [في الشريعة] .

(2) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في هذا الفرق صحيح إلا قوله وهي أن اللّه تعالى أمر عباده أن يتأدبوا معه كما يتأدبون مع أماثلهم فإنه تشبيه لا أرتضيه . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 94/3 .

(3) في (ص ، ك) : [المناهي] .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [تتراقى] .

(6) في (ص ، ك) : [في ارتقائها] .

(7) في (ص ، ك) : [يليه] .

(8) في (ص ، ك) : [يليه] .

(9) ساقطة من (ص ، ك) .

(10) في (ص ، ك) : [قالته] .

(11) ساقطة من (ص ، ك) .

(12) في (ص ، ك) : [لا] .

(13) في (ك) : [لسبب] .

(14) في (ك) : [قصدت] .

(15) في (ط) : [الجيعان] .

على] [1] حفظِ حياتهِ ، وهي [2] مصلحةٌ عظيمةٌ تصلحُ للوجوبِ ، وبذلُ الرغيف [3] لمن يتوسع به على عائلته من غير ضرورة مندوبٌ إليه ، وسببٌ هذا الندب التوسعةُ دون دفع ضرورة ، فلم [تقتض التوسعة الوجوبَ] [4] لقصورِ مصلحتِها ، وكذلك القولُ في بقية الأسباب الشرعية في باب الأوامر وفي باب النواهي .

1821 - إذا تقررت هذه القاعدةُ فاعلمْ أن صاحبَ الشرعِ جعل الأحكامَ على قسمين منها ما قرره في أصلِ شرعهِ ولم يكلهْ إلى خيرةِ الخلق كوجوبِ الصلاة والصومِ [5] في رمضانَ وغير ذلك ، ومنها ما وكل وجوبهَ إلى خيرةِ الخلق ، فإن شاءوُا أوجبوه على أنفسهم بإنشاء سببه وهو النذرُ ، وإن شاءوا لم يفعلوا ذلك ، وكما جعل الأحكام على قسمين جعل الأسباب أيضا على [6] قسمين : منها ما قرره في أصل شرعه ، ولم يكله إلى خيرة المكلّفِ ، كالزوالِ ورؤيةِ الهلال وملك [7] النصاب وغير ذلك ، ومنها ما وكلهُ للعباد فإن شاءوا جعلوه سببًا ، وإن شاءوا لم يجعلوه سببًا وهو شرطُ [8] النذورِ والطلاق والعتاق [9] ونحوها ، فإنها أسبابٌ لوجود حقيقةِ السببِ فيها ، فإنها يلزم من وجودها الوجودُ ومن عدمها العدمُ ، ولم يحصر ذلك في المندوبات كما حصره في الأحكام المنذورات ، فلا يؤثر النذر إلا في نفل مندوب لواجب [10] بطريق واحد وهو النذرُ ، بل عمم ذلك في سائر الممكنات المستقبلات من الوَاجبات والمحرمات وغيرها [11] مما ليس من المكتسبات [12] كهبوب الرياح ، ونزول الأمطار مما ليس فيه حكم شرعي ولا اكتساب اختياري ، فأي ذلك شاء المكلف جَعَلَهُ سببًا لوجوبِ منذورِ عليه ، أو لزومِ طلاق ، أو عتاقٍ له .

1822 - إذا تقرر هذا حصلَ [13] الفرقُ بين الواجبِ بالنذرِ والواجبِ المتأصلِ في الشريعة من وجهين :

1823 - **أحدهما** قصورُ مصلحتِه عن الوجوبِ ؛ لأن مصلحتَه مصلحةُ الندب ، والالتزامُ

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2) في (ص ، ك) : [وهو] .
(3) في (ص ، ك) : [إن عتب] .
(4) في (ك) : [ينهض للتوسعة للوجوب] وفي (ص) : [ينهض للتوسعة الوجوب] .
(5) في (ص ، ك) : [الصيام] .
(6) ساقطة من (ص ، ك) .
(7) في (ط) : [مالك] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(8) في (ص) ، (ك) : [شروط] .
(9) ساقطة من (ص) و (ك) .
(10) في (ص) : [للواجب] .
(11) في (ص) ، (ك) : [وغيرهما] .
(12) في (ك) : [المكسبات] .
(13) ساقطة من (ك) .

لا يغيرُ المصالحَ .

1824 - و [ثانيهما] [1] أن سببَه لا يناسب الوجوبَ كالأسبابِ المقررة في أصل الشريعةِ كما تقدم ، فتكونُ المنذورات مستثنيات من [2] القواعدِ من هذين الوجهين وهي في [3] الاستثناء عن قاعدة الأسباب أشدُّ بُعْدًا عن القواعدِ ؛ لأن الأحكامَ انتقلت فيها المندوباتُ للواجباتِ ، والمندوباتُ فيها أصلُ المصلحةِ ، وأما في الأسبابِ فقد يحصلُ [4] ما هو عريٌّ عن المصلحةِ البتة كطيرانِ الغرابِ ، وصريرِ البابِ ، وعبورِ الناموسِ ، فلو قال : إن طارَ الغرابُ ، فعليَّ صدقةُ درهمٍ لزمه ذلك ، أو امرأتهُ طالق ، أو غير ذلك ، لزمه جميع ما علقه إذا وجدَ المعلقُ عليه ، فصارتْ الأسبابُ أبعدَ عن القواعدِ من الأحكامِ مع بعد الأحكامِ في أنفسها [5] .

1825 - فإن قلت : كيف اقتضت الحكمةُ الإلهيةُ اعتبارَ ما لا مصلحةَ فيه ، و [6] إقامة مصلحة الندب للوجوبِ مع أن عادة [7] اللّه تعالى في الشرائعِ أن الأحكامَ تتبعُ المصالحَ على اختلافِ [8] رتبها .

1826 - قلت : الأسبابُ يخلفْ بعضهَا بعضًا ، فكما أن عظمَ المصلحةِ سببُ الوجوبِ [9] في عادةِ الشارع فكذلك هاهنا سببٌ آخرُ إذا فقدت هذه المصلحة ، وهي [10] مصلحة أدبِ العبدِ معَ الربِّ سبحانه وتعالى في أنه إذا وعد ربه بشيء لا يخلفُه إياه ، لاسيما إذا التزمَه وصممَ عليه ، فأدبُ العبدِ معَ الربِّ [ﷻ] [11] بحسنِ [12] الوفاءِ ، وتلقِّي هذهِ الالتزاماتِ بالقبولِ خلقٌ كريمٌ هو سببُ خلف [13] المصلحة التي في نفس الفعل ، فقد يستفادُ من هيئة الفاعل وأحوالِه وأخلاقِه مع خالقِه ومعبودِه مصالح عظيمة ، وأي مصلحةٍ أعظمُ من الأدبِ حتىٌ قال رويم [14] لابنه :

---

(1) في (ك) : [ثانيها] .

(2) في (ص ، ك) : [عن] .

(3) زيادة من (ص ، ك) .

(4) في (ص ، ك) : [يجعل] .

(5) في (ص ، ك) : [نفسها] .

(6) في (ص ، ك) : [أو] .

(7) في ط (قاعدة عادة) .

(8) في (ك) : [خلاف] .

(9) في (ك) : [الوجوه] .

(10) في (ك ، ص) : [هو] .

(11) ساقطة من (ص ، ك) .

(12) في (ص ، ك) : [وحسن] .

(13) في (ص) و (ك) : [أخلف] .

(14) هو الإمام الفقية المقرئ ، الزاهد العابد ، أبو الحسن ، رويم بن أحمد ، وقيل : « رويم بن محمد بن يزيد ابن البغدادي » شيخ الصوفية ، من الفقهاء الظاهرية ، تفقه بداود ومن جديد قوله : السكون إلى الأحوال =

يابني اجعلْ عملك ملحًا وأدبك [1] دقيقًا ، أي استكثرْ منَ الأدب حتى تكونَ نسبتُه في الكثرة نسبةَ الدقيق إلى الملحِ ، وكثيرُ الأدبِ مع قليلِ منَ [2] العملِ الصالح خيرٌ من كثيرِ من [3] العملِ مع قلة الأدب ، وهذه القاعدة قد تقدمٌ التنبيهُ عليها ، وهي أنَّ اللّه تعالى أمر عبادهُ أن يتأدبون معه كما يتأديون [4] مع أماثلهمْ ، فإن ذلك هو الممكنُ في عبادةِ اللّه تعالى ، فإنه لا تنفعُه الطاعة ، ولا تضره المعصية ، ولما كان الأدبُ مع الملوك أعظمَ نفعًا لفاعله ، وأجدى عليه من [5] كثيرِ الخدمة مع قلةِ الأدبِ كان الواقعُ مع اللّه تعالى [6] ذلك ، وكذلك صدق الوعد والوفاء بالالتزام من محاسنِ الأخلاقِ بين العباد ، وفي معاملة [7] الملوك ، .ولما عظم هذا المعنى جعل هو سبب الوجوب [8] بدلًا من [9] المصالح في نفسِ [10] الأفعال ، فتأمل ذلك .

1827 - وبهذا التقريرِ يظهرُ لك أن النذورَ وإن خرجتْ عن القواعدِ من ذينك الوجهين فقد رجعتْ إلى القواعد من هذا الوجه ، وصارت على وفق القواعد من جهة أنه ما عري الوجوب عن مصلحة تناسبه ، وعلى هذا التقديرِ [11] أيضًا حصلَ الفرقُ بين المنذورات والشروطِ من جهة أن مداركها غيرُ مداركِ الأسبابِ والواجباتِ الأصلية ، وهي مصالح غيرُ مصالحِ أنفسِ الأفعالِ .

= اقتران ، وقال : الصبر ترك الشكوى ، والرضا استلذاذ البلوى . قال ابن خفيف : ما رأيت في المعارف كرويم . توفي سنة 3.3 هـ . انظر : سير أعلام النبلاء 267/11 ، 268 .

(1) في (ص) : [وإذنك] .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3) ساقطة من (ص ، ك) .

(4) في (ط ، ك ، ص) [يتأدبوا] والصواب ما أثبتناه نقلا عن مصححي المطبوعة .

(5) في (ص ، ك) : [مع] .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) في (ص ، ك) : [معاملات] .

(8) في (ط) : [الوجود] والصواب ما أثبتناه في (ص ، ك) .

(9) في (ص ، ك) : [عن] .

(10) في (ص ، ك) : [أنفس] .

(11) في (ط) : [التقرير] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

الفرق السابع والثلاثون والمائة

بين قاعدة ما يحرم لصفته وبين قاعدة ما يحرم لسببه

1828 - اعلم أن اللّه تعالى خلق المتناولات للبشر في هذا العالم على قسمين :

1829 - قسمٌ يحُرم لصفته [1] ، وهو ما اشتمل على مفسدةٍ تناسب التحريم فيحرم أو الكراهة فيكره .

فالأول : كالسموم تحرم لعظم مفسدتها .

والثاني : سباع الطير أو الضبع من الوحش على الخلاف في ذلك [2] .

1830 - وقسمٌ يباحُ لصفته [3] ، إما لاشتمالِه على المصلحة كالبُرّ واللحمِ الطيِّبِ من الأنعامِ ، وإما لعدم مفسدتِه ومصلحتِه وهو قليلٌ في العالم ، فلا يكاد يُوجَدُ شيء إلا وفيه مصلحةٌ أو مفسدة ، ويمكن تنظيرُه بأكلِ شعرةٍ من قطنٍ أو نحو ذلك مما لا يظهرُ له أثر في جسد ابن آدمَ ، وإذا كانتِ الموجوداتُ في هذا العالِم إما حرامٌ لصفته ، [أو مباحٌ لصفته انبنى على هذا قاعدةٌ أخرى : وهو أن كلَّ ما حرم لصفتِهِ [4]] لا يباح إلا بسببه ، وما يباح لصفته لا يَحْرُمُ إلا بسببِهِ .

1831 - فالقسم الأول : كالميتةِ [5] حَرُمَتْ لصفِتها وهي اشتمالُها على الفضلاتِ

---

(1) في (ك) : [بصفة] .

(2) روى ابن القاسم عن مالك : أن السباع ذوات الأربع مكروهة ، وعلى هذا القول عول جمهور المالكية ، وذكر مالك في الموطأ ما دليله أنها عنده محرمة وذلك أنه قال بعقب حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « أكل كل ذي ناب من السباع حرام » وعلى ذلك الأمر عندنا .
وإلى تحريمها ذهب الشافعي ، وأشهب ، وأصحاب مالك ، وأبو حنيفة إلا أنهم اختلفوا في جنس السباع المحرمة فقال أبو حنيفة : كل ما أكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع واليربوع عنده من السباع ، وكذلك السنور . وقال الشافعي : يؤكل الضبع ، والثعلب وإنما السباع المحرمة التي تعدو على الناس كالأسد والنمر والذئب ، وكلا القولين في المذهب . وجمهورهم على أن القرد لا يؤكل ولا ينتفع وعند الشافعي أيضا أن الكلب حرام لا ينتفع به ؛ لأنه فهم من النهي عن سؤرة نجاسة عينه .
وأما سباع الطير فالجمهور عل أنها حلال ، وحرمها قوم لما جاء في حديث ابن عباس أنه قال : نهى رسول اللّه ﷺ عن أكل كل ذي ناب ، وكل مخلب من الطير إلا أن هذا الحديث لم يخرجه الشيخان ، وإنما ذكره أبو داود . انظر : بداية المجتهد (545/1 ، 547) .

(3) في (ك) : [بصفة] .

(4) ساقطة من (ص) و (ك) .

(5) لقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ .... ﴾ .

المستقذرة فلا تباح إلا بسببها ، وهو الاضطرارُ ونحوه من الأسبابِ [1] ، وكذلك الخمرُ حرمَ لصفتهِ وهو الإسكارُ فلا يباحُ إلا بسببه وهو الغصةُ [2] ، [3] .

1832 - والقسم الثاني : كالبرِّ ولحومِ الأنعامِ وغير ذلك من المآكلِ والملابسِ والمساكنِ ، أبيحت لصفاتها من المنافعِ والمصالحِ ، فلا تحرمُ إلا بسببها ، وهو الغصبُ والسرقةُ والعقودُ الفاسدةُ ونحوها ، فهذه القاعدةُ في هذا الفرقِ مطردةٌ في جميع المتناولات .

---

(1) أباح الفقهاء استعمال المحرمات في حال الاضطرار ، والأصل في هذا الباب قوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ والسبب المحلل هو ضرورة التغذي أي إذا لم يجد شيئا حلالا يتغذى به ، وهو لا خلاف فيه ، أما إذا كان السبب هو طلب البرء فقد اختلف في ذلك ، فمن أجازه احتج بإباحة النبي عليه الصلاة والسلام الحرير لعبد لرحمن بن عوف لمكان حكة به ، ومن معه فلقوله عليه الصلاة والسلام إن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها . انظر : بداية المجتهد (555/1) .

(2) الغصة : ما اعترض في الحلق من طعام أو شراب ، وغصصت بالماء أغص غصًّا إذا شرقت به أو وقف في حلقك فلم تكد تسيغه . انظر : اللسان (غصص) (3262) .

(3) أجازوا للعطشان أن يشرب الخمر إن كان منها ري ، وللشرق أن يزيل شرقه بها . انظر : بداية المجتهد (555/1) .

الفرق الثامن والثلاثون والمائة

بين قاعدة تحريم [1] سباع الوحش

وبين قاعدة تحريم سباع الطير

1833 - اعلمْ أن النواهيَ [2] تعتمدُ المفاسدَ ، فما حرمَ اللّهُ تعالى شيئًا [3] إلا لمفسدةٍ تحصلُ من تناوله ، وقد أجرى اللّه عادتَه أن الأغذيةَ تنقلُ الأخلاق لخلق [4] الحيوان المتغذى [5] به حتى يقال : إن العرب لما أكثرت [6] من لحومِ الإبلِ حصلَ عندها فرطُ الإيثارِ بأقواتها ؛ لأن ذلكَ شأنُ الإبلِ فيجوعُ الجمع من الإبلِ الأيامَ ، ثم يوضع لها [ما تأكله] [7] مجتمعة ، فيضع كل منها فمه فيتناولُ حاجته من غير مدافعةٍ عن ذلك الحب ، ولا يطرد منْ يأكل معه ، ولا تزال الإبلُ تأكل علفها [8] كذلك [9] بالرفق حتى يفنَى جميعهُ من غير مدافعةٍ بعضها بعضًا ، بل معرضة عن ذلك ، وعن مقدارِ ما أكله غيرها مما [10] يجاورها ، وغيرها من الحيوانات تقاتلُ [11] عند الاغتذاءِ على حوز الغذاء ، وتمنع مَنْ يأكل معها أن يتناول شيئًا ، وذلك مشاهدٌ في السباع والكلاب والأغنام وغيرها ، فانتقل ذلك لخلق الأعراب ، فحصل عندهم من الإيثارِ للضيف مالم يحصلْ عند غيرهم من الأمم كما أنه حصل عندهم الحقدُ أيضًا ؛ لأن الجمل يأخذ ثأرهُ ممن آذاه بعد مدة طويلة ، ولا يزول ذلك عن [12] خاطره حتى يقال : إن أربعًا أكلت أربعًا ، فأفادتها أربعًا أكلتِ العربُ لحومَ الإبل فأفادتها الحقدَ ، وأكلت السودانُ القرودَ فأفادتها الرقصَ ، وأكلت الفرنجُ الخنازيرَ فأفادتها عدم الغيرةِ ، وأكلت التركُ الخيلَ فأفادتها القساوةَ .

1834 - وإذا تقرر هذا فهذه السباعُ في غايةِ الظلم وقلةِ الرحمةِ تأكل الحيوانات من غير اكتراثٍ بهلاكِ تلكَ الحيواناتِ ، ولا فساد أبنيتها [13] ، ولا ما تجدُه من الألم [14] في

---

(1) في (ص ، ك) : [ما تحريم] .
(2) في (ص ، ك) : [المناهي] .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) في (ك) : [لحق] .
(5) في (ص) : [المغذى] وفي (ك) : [المغتذى] .
(6) في (ط) : [أكلت] .
(7) في (ص ، ك) : [مأكله] .
(8) في (ك) : [عليها] .
(9) في (ص) : [لذلك] .
(10) في (ص ، ك) : [ممن] .
(11) في (ص ، ك) : [تقتل] .
(12) في (ص ، ك) : [من] .
(13) في (ك) : [بنيتها] .
(14) في (ك) : [الأمم] .

تمزيق أعضائهاَ ، وتثبُ علَى ذلك وثبًا شديدًا منْ غير توقفٍ في ذلك لحاجةٍ ولغير حاجةٍ ، وذلك لفرط ظلمها وقلةِ رحمتها ، وذلك متوفرٌ في سباعِ الوحشِ أكثر منه في سباعِ الطير ، فأينَ الأسدُ من العُقاب والصقر ؟ وأين النمرُ والفهد [من الضبع والنسر وغيرهما] [1] من الحدآت والغربانِ ونحوها ؟ فلما عظمت المفسدةُ والظلمُ في سباعِ الوحشِ حرمتْ لئلا يتناولَها بنو آدم فتصيرَ أخلاقُهم كذلك ، ولما قصرتْ مفسدة [2] سباع الطير ، عن ذلك فمنَ الفقهاءِ منْ نهض [عنده ذلك] [3] للتحريم دفعًا لمفسدةِ سوء الأخلاقِ ، وإنْ قلتَ ومنهم منْ لم ينهض عنده ذلك للتحريم [4] لخفة أمره فاقتصر به على الكراهةِ . فهذا هو الفرقُ بين قاعدةِ سباعِ الوحشِ وقاعدة [5] سباع الطير .

(1) في (ص ، ك) : [السبع وغيرها] .
(2) ساقطة من (ص) و (ك) .
(3) في (ص ، ك) : [ذلك عنده] .
(4) في (ك) : [التحريم] .
(5) زيادة من (ص ، ك) .

الفرق التاسع والثلاثون والمائة

بين قاعدة ذكاة الحيات

وبين قاعدة ذكاة غيرها من الحيوانات [1]

1835 - قال مالكٌ في المدونة : لا بأسَ بأكلِ الحياتِ إذا ذكيتْ في [2] موضعِ ذكاتها جاز أكلها لمن احتاج إلى ذلك ، [3] وأشار صاحبُ الجواهر أنها تذكّى كما يذكّى الصيدُ ، ومقتضى ظاهر قوله أنها لأجل العجز عنها إذا جرحت في أي [4] موضع كان من جسدها جاز تناولُها عند الحاجة إليها ، وهوَ [5] سببٌ لهلاكِ متناولها ، ولم يطلق مالك هذا الإطلاقَ بلْ قالَ : إذا ذكيتْ في [6] موضعِ ذكاتِها ، ولم يقلْ إذا ذكيت مثل الصيد ، والسببُ في ذلك أن ذكاةَ الحياتِ لا يحكمها إلا طبيبٌ ماهر ، وصفة ذكاتها على ما اختاره المتأخرون من الأطباء إذا أرادوا استعمالَها في الترياق [7] الفاروق ، أو لمداواة الجذام [8] ، [والعياذ باللّه تعالى] [9] أن تمسك برأسها وذنبها من غير عنفٍ حذرًا [من أن] [10] يحصلَ لها غيظٌ فيدورُ السمُّ في جسدها ، فإذا أخذت كذلك ثنيت على مسمارٍ مضروبٍ في لوح ثم تضربُ بآلةٍ حادةٍ كالقدومِ الحاد مثل الموسي [ونحوها من] [11] الآلات الحادة الرزينة ، وهي ممدودةٌ على تلك الخشبة ، ويقصد بتلك الضربة آخرَ الرقبة من جهة [12] رقتها وذنبها ، فإن بين رأسها ووسطها [مقدارًا رقيقًا] [13] ،

(1) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في هذا الفرق صحيح كله ما عدا قوله : في انحصار المبتدأ في الخبر ، وما عدا قوله : إن قول الحنفية يلزم فيه التعارض دون قول المالكية والشافعية ، وقد تقدم التنبيه على الأمرين في الفرق الثالث والستين . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 94/3 .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3) قال ابن القاسم : سمعت مالكا يقول في الحيات إذا ذكيت في موضع ذكاتها أنه لا بأس بأكلها لمن احتاج إليها . انظر : المدونة الكبرى (427/1) .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [هذا] .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) الترياق : ما يستعمل لدفع السم من الأدوية والمعاجين ، ويقال : درياق أيضًا بالدال ، والترياق أنواع فإذا لم يقع فيه شيء من لحوم الأفاعي والخمر فلا بأس به والأولى اجتنابه كله . انظر : اللسان (ترق) (430) .

(8) الجذام : القطع أو سرعة القطع ، الأجذم : المقطوع اليد ، والجذام من الداء : معروف لتجزّم الأصابع وتقطعها ، ورجل أجزم : نزل به الجذام . انظر : اللسان (جذم) (579) .

(9) ساقطة من (ص ، ك) .

(10) في (ك) : [من أن من أن] .

(11) في (ص ، ك) : [ونحوه و] .

(12) في (ص ، ك) : [آخر] .

(13) في النسخ التي تحت أيدينا (مقدار رقيق) والصواب ما أثبتناه .

وبين ذنبها ووسطها مقدار رقيق فيتجاوز ذلك الرقيق من الجهتين ، ويوصل المقدار الغليظ الذي في وسطها فلا يترك غيره ، ويحاز الرقيقان إلى جهة الرأس والذنب ، ويقطع جميع ذلك في فور واحد بضربة واحدة [1] وجيزة ، فمتي بقيت جلدة يسيرة لم تقطع[2] مع الجملة قتلت آكلها ؛ لأن السم حينئذٍ يجري من جهة الرأس والذنب في تلك الجلدة اليسيرة إلى بقية جسدها الذي هو الجزء الغليظ بسبب ما يحدث لها من الغضب عند الإحساس بألم الحديد ، وهذا معنى قول مالك [ﷺ] [3] موضع ذكاتها ، فهذا هوَ الفرقُ بين ذكاتها وذكاةِ غيرها من الحيوانات ، فهذا فرقٌ من جهة صفةِ الذكاة ، وفيها فرقٌ آخرُ من جهةِ المعنى وهو أن الذكاةَ شرعت فيها [لأجل السلامة] [4] من سمِّها ، ولا يكاد يخرجِ منها دمٌ عند ذكاتهَا البتة ، وإنما المقصود السلامة من سم رأسها وذنبِها ، ولذلك تذكّى من وسطها ، وشرعت الذكاةُ في غيرها من الحيوانات لاستخراجِ الفضلاتِ المحرماتِ من أجسادِها بأسهلِ [5] الطرقِ على الحيوانِ ، ولابدَّ من ملاحظةِ القيدِ الأخيرِ ، فإنا لو وسطنَا الحيوان أو ضربنا عنقَه خرجت منه الفضلات ، لكن ذلك شاقٌ على الحيوانِ بسببِ كثرة ما يخرج [6] ، فاختار الشرع قطعَ الأوداجِ [7] والحلقومِ لتخرجَ الفضلاتُ ، وهي الدماءُ والأخلاطُ كلُّها من الأوداج ، وقطعهَا خفيفٌ على الحيوانِ بالنسبةِ إلى [التوسط لو] [8] ضرب العنق ، وقطع الحلقوم يوجب قطع النفس ؛ لأنه مجراهُ فيختنق الحيوانُ ، فيسرعُ إليه الموتُ ، ولما كانت هذه قاعدةَ تذكيةِ الحيوانِ [تعين أن] [9] يخرجَ عليها الخلافُ في صورةِ الذكاةِ ، فمن لاحظَ عدمَ الفضلاتِ في الجرادِ وغيرِه مما ليس له نفسٌ سائلة لم يشترطِ الذكاةَ فيها ، وجعلَ استخراجَ الفضلاتِ أصلًا وإراحةَ الحيوانِ تبعًا ، وأجاز ميتةَ ذلك كلهٌ ، وهو ظاهر الحديثِ في قولِه ﷺ : « أحلت لنا [ميتتان ودمان] [10] فالدمان الكبدُ والطحالُ ، والميتتان السمكُ والجرادُ » [11] .

---

(1) ساقطة من (ك) .
(2) في (ص ، ك) : [تتقطع] .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) في (ص ، ك) : [للسلامة] .
(5) في (ص ، ك) : [بأسرها بأسهل] .
(6) في (ص ، ك) : [الخرج] .
(7) الأوداج : وهي عروق تكتنف الحلقوم ، فإذا فصد ودج ، قيل : هي ما أحاط بالحلق من العروق ، وقيل : هي عروق في أصل الأذنين يخرج منها الدم ، وقيل : الودجان : عرقان غليظان عريضان ، عن يمين ثغرة النحر ويسارها . انظر : لسان العرب (ودج) (4793) .
(8) في (ص ، ك) : [التوسيط أو] .
(9) ساقطة من (ص ، ك) .
(10) في (ص ، ك) : [دمان وميتتان] .
(11) أخرجه : ابن ماجه (الأطعمة) (3305) ولكن بلفظ [الحوت] بدلًا من السمك .

ومن لاحظ سرعة زهوق الروح وجعله أصلًا في نفسه لم يجزها إلا بذكاة وهو مشهور مذهب مالك ﷺ ، ومن لاحظ قاعدة أخرى وهو إلحاق النادر بالغالب في الشريعة أسقط ذكاة ما يعيش في البر [من دواب البحر كالتمساح والترسة [1]وغيرهما نظرا لغالبه ، فإنه لا يعيش في البر [2] وهو مشهورُ مذهبِ مالك ﷺ ، ومن لاحظ القاعدة الأولى وجعل ميتة البحر على خلاف الأصل لم يسقط الذكاة في هذا النوع ، ويؤيده قوله تعالى [3] : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ ﴾ [المائدة : 3] وهذه ميتة ، أو يلاحظ قاعدةً أخرى وهي حملُ اللفظ [4] العام على سببه دون عمومه ، فيختص بالميتة التي وردت الآية فيها ، وهي الميتة التي كانوا يأكلونها من الحيوان البري ، ويقولون : تأكلون ما قتلتم ولا تأكلون ما قتل الله ، فهذه القواعدُ والأسرارُ هي الفرق بين هذه المواطن ، ولم يبقَ [5] منها إلا ذكاةُ الجنين في بعض أحواله .

1836 - قال أصحابنا : إذا لم تجر فيه حياة لم تصح فيه ذكاةٌ لا من قبله ولا من قبل أمه ، ولا يؤكل ؛ وإن جرت فيه الحياة ، وعلامة ذلك عندنا كمال الخلق ، ونبات الشعر فإن ذكيت الأم وخرج حيًا ثم ماتَ على الفور كرهه ابنُ المواز [6] ، ووقع في الجلاب تحريمهُ ، وإن استهل صارخًا انفرد بحكمِ نفسه ، وإن لم يذك الأم وألقته ميتًا لم يؤكل ، وكذلك إن كان حيا حياة لا يعيش معها علم ذلك أوشك فيه ، وأن ذكيت الأم فخرج ميتًا فذكاتها ذكاته وقاله الشافعي [ﷺ] [7].[8] .

1837 - وقال أبو حنيفة : لابد له من ذكاة تخصه ولا يكفي فيه ذكاةُ أمه [9] ومنشأ الخلاف أن ذكاة أمه تسرع زهوق نفسه بسهولة ، فإنه كالجزء منها ، فلا يحتاج إلى ذكاة أو يلاحظ أنه حيوان مستقل الأعضاء والفضلات فيحتاج إلى ذكاة تخصه ، وموته بموت أمه موت له بالغم ، والآفات الحاصلة له في محله ، والموت بذلك لا يبيح في غير

---

(1) في (ط) : [الترس] ، والترس هي السلحفاة البحرية .

(2) ساقطة من (ك) .

(3) ساقطة من (ص) و (ك) .

(4) في (ك) : [لفظ] .

(5) في (ط) : [يبقى] .

(6) هو محمد بن إبراهيم بن زياد الإسكندراني المالكي ، الإمام ، العلامة ، فقيه الديار المصرية ، أبو عبد الله صاحب التصانيف . أخذ المذهب عن : عبد الله بن عبد الحكم ، وعبد الملك بن الماجشون ، وغيرهما ، انتهت إليه رئاسة المذهب . له مصنف حافل في الفقه ، وتوفي سنة 269 هـ . سير أعلام النبلاء 427/10 ، العبر 66/2 .

(7) ساقطة من (ص) و (ك) .

(8) انظر : الخرشي على مختصر خليل 24/3 .

(9) انظر : بدائع الصنائع 63/5 .

صورة النزاع ، فكذلك في صورة النزاع فهذا منشأ الخلاف من حيث القواعد ، وأما من حيث النص ، فقوله ﷺ : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » [1] خرجه أبو داود ، ويُروى برفعِ الذكاةِ الثانيةِ ونصبِها ، فنحن والشافعيةُ نعتمد على رواية الرفعِ ، ووجهُ الاعتماد عليها أن المبتدأ يجبُ انحصارُه في الخبر ، والمبتدأ هنا ذكاةُ الجنين فتنحصرُ في ذكاة أمه فلا يحتاج إلى ذكاةٍ أخرى وإلا لما انحصرت في ذكاة أمه . واعتمد الحنفيَّةُ على رواية النصب ، والتقدير لوجه الحجة منها أن هذا النصب ، لابد له من عامل يقتضي النصب وتقديره عندهم ذكاة الجنين أن يذكي ذكاة مثل ذكاة أمه ، فحذف مثل الذي هو نعت للمصدر [2] المحذوف [3] ، وهو مضاف لذكاة [4] أمه ، فأقيم المضاف إليه مقامه فأُعرب كإعرابه بالنصب ؛ لأن القاعدةَ أن المضافَ [إليه متى] [5] أقيمَ [6] مقام المضاف أعرب كإعرابه ، وحذف الناصب لهذا المصدر مَعَ المصدر ونعته ، وبقي الكلام كما ترى فهذا تقريرُ مذهبهم ، ووجه الحجة لهم من الحديث ، ولنا عنهُ جواب حسن ، وذلك أن نقولَ : ما يتعين التقديرُ فيما ذكرتموه ، بل يَصِحُ النصبُ بتقدير آخر ، وهو قولنا : ذكاة الجنين داخلة في ذكاة أمه ، فيكون ذكاة أمه منصوبًا على أنه مفعولُ على السعة ، أو على الظرفِ بإسقاط حرفِ الجر ، و [7] كانَ الأصل [8] في ذكاةِ أمه ، فحذف حرف الجر فانتصب المجرورٌ ، وهذا التقدير [9] أولى لوجهين :

1838 - أحدهما : [10] أن المحذوفَ حينئذ يكون كلمةً واحدة وهي قولنا داخلة ، وحرفُ الجر إن قلنا به ، وأما على تقديركم فيكونُ [11] المحذوفُ أربعَ كلماتٍ ، ولا خلافَ إن قلت [12] : الحذفُ أوليَ ، فيكون [ما ذكرناه] [13] أولى .

1839 - وثانيهما [14] : أن تقديرَنا يؤدي إلى الجمعِ بين روايةِ النصبِ والرفعِ وعدمِ التعارضِ ، وما ذكرتموهُ يفضِي إلى التعارض ، وما أفضي إلى عدم التعارض كان أولى ، فما ذكرناه أولى .

---

(1) أخرجه : أبو داود (الضحايا) (244) ، الترمذي (الصيد) (1396) ، ابن ماجه (الذباح) (3190) .
(2) في (ص ، ك) : [المصدر] .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) في (ص ، ك) : [كذكاة] .
(5) في (ص) [مبني] وفي (ك) : [مبني له] .
(6) ساقطة من (ك) .
(7) ساقطة من (ص ، ك) .
(8) في (ك) : [للأصل] .
(9) في (ص) : [التقرير] .
(10) ساقطة من (ص ، ك) .
(11) في (ص ، ك) : [يكون] .
(12) في (ص ، ك) : [قلة] .
(13) في (ص ، ك) : [ما ذكرنا] .
(14) في (ك) : [وثانيها] .

1840 - مسألة قال صاحبُ البيان [1] : قال ابنُ القاسمِ : الدابةُ التي لا يؤكل لحمها إذا طال مرضُها أو تعبت من السير في أرض لا علف فيهَا ذبحهَا أولى من بقائها لتحصلَ راحتها من العذاب ، وقيل : تعقرُ لئلا يغريَ الناسَ ذبحُها على أكلها .

1841 - وقال ابنُ وهبٍ : لَا تذبحُ ولا تعقرُ لنهيهِ ﷺ عن تعذيبِ الحيوانِ لغيرِ مأكلةٍ .

1842 - فرع مرتب : إذا تركها صاحبها فعلفها [2] غيره ثم وجدها ، قال مالكٌ : هو أحقُّ بها ؛ لأنه مكرهٌ [3] على تركهَا بالاضطرارِ لذلك ، ويدفع ما أنفق عليها .

1843 - وقيل : هي لعالفها لإعراضِ المالكِ عنها فهذا هوَ [4] استيعاب هذا الباب بعللِهِ ومقاصدهِ إذا كان مقدورًا عليه ، أما غيرُ المقدورِ عليه وهو الصيدُ فلما كان المقصودُ في الحيوان المقدورِ عليه القصدَ إلى استخراجِ الدمِ الحرامِ المستخبثِ من اللحمِ الحلالِ الطيبِ بأسهلِ الطرقِ على تلك الحيواناتِ ، وهو فيها ممكنٌ بآلةٍ تصلحُ لذلك ، وهذا [5] كلهُ متيسرٌ في الإنسي ، وقد تعذر في الوحشي استخراجُ الدمِ وسهولةِ الطريق ، وبقي القصدُ والآلةُ ، ونزل السهمُ منزلةَ المديةِ لضرورةِ الفرارِ والتوحشِ ، فهو في الرتبة الثانية ، ويليه في الرتبة الثالثة الجارح ؛ لأنه له اختيار يبعدُ بسببهِ عن كونهِ آلة ؛ لأنه يجوزُ لنفسه لكن عارض كونَه مختارًا عدمُ العقل فيه ، فعدم عقله محلٌّ باختيارهِ مضافًا إلى التعليمِ الحاصلِ [6] فيه ، والأوهام التي حصلها فيه الآدمي بسبب التعليم والسياسة الخاصة ، فصار ذلك مقربًا لكونه آلة له ، ولذلك لا يصلحُ [7] أن يكونَ المجوسي آلة لعقله وكمال اختياره ، وإن كان الله تعالى جعل ذبيحتَه ميتةً كافتراسِ الوحوشِ ، كما جعلَ نساءَهم كالبهائمِ يحرم وطؤهنَّ [8] بسببِ عدمِ تعظيمهِم الكتبَ [9] الإلهيةَ والرسلَ الربانية ، فاهتضمُوا [10] إلى حيثُ جعلوا كالبهائم ، وميز أهل الكتاب عليهم لتعظيمهم الرسلَ والرسائلَ من حيثُ الجملةُ .

---

(1) صاحب البيان : هو الإمام العلامة قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر الفارابي أبو حنيفة الأتقاني ، قدم دمشق سنة 747 هـ ، ثم انتقل إلى مصر ، ودرس بها بجامع المارداني . كان رأسًا في الحنفية ، بارعًا في الفقه واللغة ، من مصنفاته : « التبيين في شرح المنتخب الحسامي » ، و « شرح الهداية » وسماه « غاية البيان ونادرة الأقران » . ترجمته في : الدرر الكامنة (442/1 – 445) ، النجوم الزاهرة (325/10) ، مفتاح السعادة (267/2) ، الطبقات السنية (553) ، شذرات الذهب (185/6) .

(2) في (ص ، ك) : [فأعلفهما] .

(3) في (ص ، ك) : [يكره] .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [هو] .

(6) في (ص) : [حاصل] .

(7) في (ص ، ك) : [يصح] .

(8) في (ك) : [وطؤهم] .

(9) في (ص ، ك) : [للكتب] .

(10) في (ص) ، (ك) : [فاهتموا] .

الفرق الأربعون والمائة

بين قاعدة أنكحة الصبيان تنعقد إذا كانوا مطيقين للوطء وللولي الإجازة والفسخ وبين قاعدة طلاقهم فإنه لا ينعقد [1]

1844 - ووجهُ الإشكالِ فيهما والجامعُ بينهما أن خطابَ الوضعِ كما تقدم هو الخطابُ بالأسبابِ والشروطِ والموانعِ والتقاديرِ الشرعية ، وقد تقدم بسطها ، وأنهَا لا يشترطُ فيها التكليفُ ولا العلمُ ، ولذلكَ نوجبُ الضمانَ على الصبيانِ والمجانينِ ، ونطلقُ بالإعسار ، وإن كان معجوزًا عنه [2] وغير مشعورٍ به ، وكذلك بالأضرار ، ونورث بالأنساب ، وإن لم يشعر به الوارث ، ولا هو من مقدوره ؛ لأن ذلك كله من باب خطابِ الوضع [3] الذي معناه أن صاحبَ الشرعَ قال : إذا وقع هذا في [4] الوجودِ فاعلموا أني قد حكمت بهذا [5] ، بخلاف خطاب التكليفِ يشترطُ فيه القدرةُ على المكلف به ، والعلم به ، والطلاقُ سببٌ للبينونة ، والنكاحُ سبب للإباحةِ ، فينبغي أن ينعقد الجميعُ في حقه كما انعقد الإتلافُ سبب الضمان ، والبيع [بسبب العقد] [6] وغير ذلك من الأسباب الفعلية والقولية ، فهذا وجهُ الجمع [7] بينهما .

1845 - والفرقُ بين القاعدتينِ في أن الصبيانَ تنعقدُ أنكحتهُم دون طلاقهِم أنَّ عقدَ الأنكحةِ سببُ إباحةِ الوطءِ وهو أهلٌ للخطاب [8] بالإباحةِ والندبِ والكراهةِ دونَ الوجوبِ والتحريمِ ، لأنهما تكليفٌ ومشقةٌ من جهةِ لزومِ استحقاقِ العقابِ المحمولِ عن الصبيانِ لضعفِ عقولهمِ [9] والطلاق [سببُ تحريمِ الوطءِ بإسقاطِ العصمةِ في الزوجةِ ، وهو ليس أهلًا للتحريم ، فلم ينعقد سببًا [10] في حقه مع اشتراك السببين في أنهما خطاب وضع ، وانضاف إلى أحدهما تكليف فلا جرم انتفى انعقادهُ في حقه .

1846 - **فإن قلت** : الإتلافُ سببُ وجوب الضمانِ ، والوجوبُ تكليفٌ ، وقد انعقد في حقه ، فيجب على الولي الإخراجُ منَ مال الصبي المتلف [11] ؛ فإن تأخرَ ذلك للبلوغِ

---

(1) في (ص) ، (ك) : [ينفذ] .
(2) في (ك) : [عليه] .
(3) في (ص) : [وضع] .
(4) ساقطة من (ص) .
(5) في (ص ، ك) : [بكذا] .
(6) في (ك ، ص) : [سببا والمنع سببًا] .
(7) في (ص ، ك) : [الجامع] .
(8) في (ك) : [الخطابة] .
(9) في (ص ، ك) : [عقلهم] .
(10) في (ص ، ك) : [سببه] .
(11) في (ص ، ك) : [لحائز التلف] .

وجب على الصبي في ماله ، وخوطب حينئذ ، فقد تأخر الوجوبُ الذي هو سببُ الإتلافِ إلى بعد البلوغ ، فلِمَ لا ينعقدُ الطلاقُ في حقه ويتأخرُ التحريمُ إلى بعدَ البلوغ عند حصولِ أهليةِ التكليفِ كما قلتم ذلك في الإتلاف ، وكلاهُمَا سببٌ وضعيٌ [1] يقتضي التكليف .

1847 - قلت : الأصل [2] ترتبُ المسبباتِ على أسبابها ، وتأخرهاُ عنها خلافُ القواعد ، والإتلاف لم يتعين فيه تأخير مسببه عنه لإمكان [3] الإخراج حالة الإتلاف من مال الصبي ، أو ممن [4] يتبرع به عنه ، فلم يتعين تأخر [5] مسببه عنه ، وأما الطلاقُ فيتعين تأخيرُ التحريم فيه الأمد الطويل والسنين الكثيرة إلى حين البلوغ فلا جرم لم ينعقد في حقه ، ولهذا الفرقِ أيضًا انعقد سببُ البيعِ في حقه ؛ لأنه سببُ إباحةٍ ترتب عليه مسببه في الحال ، وكذلك الإرثُ وغيرُه من الأسبابِ جميعها [6] تترتب آثارُها في حق الصبيان ، والتأخير في وجوب الضمان إنما وقع عارضًا بسبب العجز عن إخراجه [من ماله] [7] في الحال وقد لا يتفق ذلك وهو الغالبُ فألحقَ النادرُ بالغالبِ [8] وانعقد سببًا مطلقًا .

---

(1) في (ص ، ك) : [وضع] .
(2) ساقطة من (ك) .
(3) في (ك) : [بإمكان] .
(4) في (ص ، ك) : [من] .
(5) في (ص ، ك) : [تأخير] .
(6) ساقطة من (ص ، ك) .
(7) ساقطة من (ص ، ك) .
(8) في (ص) : [لغالب] .

الفرق الحادي والأربعون والمائة

بين قاعدة ذوي الأرحام لايلون [عقد الأنكحة] [1]

وهم : أخو الأم ، وعم الأم ، وجد الأم ، وبنو الأخوات ، والبنات ، والعمات ، ونحوهم ممن يدلي بأنثى وبين قاعدة العصبة

فإنهم يلون العقد في النكاح وهم [الآباء والأبناء] [2] والجدود [3] والعمومة والأخوة [4] الشقائق [5] وأخوة الأب

1848 - والفرق بين الفرقين أن الولاءَ شرعَ لحفظ النسبِ ، فلا يدخل فيه إلا منْ يكون له نسبٌ حتى تحصل الحكمة لمحافظته [6] على مصلحة نفسه ، فذلك يكون أبلغَ في اجتهادِه في نظره في تحصيل الأكفاء ودرء العار عن النسب ، وخالفَ الشافعي ﷺ في الابن فقالَ : لا ولاَية له ، واحتجَّ على ذلك بوجوه :

1849 - أحدها : قولُ النبي ﷺ « أيما امرأةٍ نكحت [7] بغير إذن مواليها فنكاحها باطل » [8] والابنُ لا يسمَّى مولى .

1850 - وثانيها : أنه يدلي بها فلا يزوجها كتزويجها لنفسها ، فإن الفرع لا يكونُ أقوَى من الأصل ، ولما أدلي بها صارَ في معناها .

1851 - وثالثها : أنه شخصٌ لا تصحُّ من أبيه الولايةُ فلا تصحُّ منه كابن الخال مع الخال .

1852 - والجواب عن الأول : أنه [9] رويَ « بغير إذنِ وليهَا » [10] وهو وليها ، لأن الولايةَ من القرب لقول العرب : هذا يلَي هذا أي يقربُ منه ، وابنُها أقرب إليها من غيره [11] لأنهُ جزؤها ، وجزءُ الشيء أقربُ إليه من الأمورِ الخارجةِ عنه ، هذا علَى هذه الرواية [12] ،

---

(1) في (ص ، ك) : [النكاح] .

(2) ساقطة من (ك ، ص) .

(3) في (ص) : [الجدودة] .

(4) ساقطة من (ك) ، وفي (ص) : [إخوة] .

(5) في (ص ، ك) : [الشقاقة] .

(6) في (ك) : [لمحافظة] .

(7) في (ط) : [أنكحت] .

(8) أخرجه أحمد في المسند 66/6 ، والدارمي في السنن 137/2 عن عائشة رضي الله عنها ، وأورده ابن حجر في فتح الباري 191/9 .

(9) في (ك) : [إياه] .

(10) أخرجه : الترمذي (النكاح) (1021) ، الدارمي (النكاح) (2089) .

(11) في (ص ، ك) : [غيرها] .

(12) ساقطة من (ص ، ك) .

وعلى الروايةِ الأخرى نقولُ : المولى له معانٍ كثيرةٌ في لسان العرب : منها الناصرُ ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنَّ ٱللَّهَ هُوَ مَوْلَىٰهُ وَجِبْرِيلُ وَصَٰلِحُ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [التحريم : 5] أي ناصره ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَأَنَّ ٱلْكَٰفِرِينَ لَا مَوْلَىٰ لَهُمْ ﴾ [محمد : 11] أي لا ناصرَ لهم وهو كثير ، والابنُ ناصرُ أمِّه فيكونُ هوَ [1] مولاها ، وهذا الاحتمالُ أولى لأن فيه جمعا بين الروايتين .

1853 - وعن الثاني : [2] الفرقُ بقوةِ عقلِه الناشئ عن الذكوريةِ [3] ، وضعفِ عقلِها الناشئ عن الأنوثة .

1854 - وعن الثالث : أنه جزءٌ منها فيتعلق به عارُها بخلاف أبيهِ وابن الخال ؛ فإن ابنَ الخال بعيدٌ عنها لَا [تنكيه] [4] فضيحتُها كما تنكي ابنَها ، بل يجبُ أن يكونَ الابنُ مقدمًا على جميع الأولياء لأنه جزؤها ، وجزؤها أمسُّ بهَا من الأمورِ الخارجةِ [5] ، والقاعدةُ أنهُ يقدمُ في كل ولايةٍ منْ هوَ أقومُ بمصالحها ، ولذلك قدم في القضاء منْ هو أيقظُ وأكثرُ تفطنًا لوجوهِ الحجاجِ وسياسةِ الخصوم ، وأضبط للفقه ، ويقدم في الحروب [6] من هو أعرف بمكايد الحروب [7] وسياسةِ الجند والجيوشِ ، ويقدمُ في الفتيا منْ هو أورع [8] وأضبطُ لمنقولاتِ الفقه ، وفي أمانة الحكم على الأيتام منْ هو أعرف بتنمية الأموال ، وأعرفُ بمقادير النفقات والكلف والجدال في الخصام ليناضلَ عن الأيتام ، ويقدم في سعايةِ الزكاةِ منْ هو أعرفُ بنصبها ، والواجب فيها ، وأحكامِ الزكاة من الاختلاط والافتراقِ ، وأقوى حرصًا للثمار ، وربما كان المقدمُ في [9] بابٍ مؤخرًا في باب آخر كما قدم الرجال في الحروبِ والإمامةِ وأخرُوا في الحضانةُ ، وقدم النساء عليهم بسببِ مزيدِ شفقتهنَ وصبرهنَّ على الأطفال ، فكنَّ لذلك [10] أكملَ في الحضانة من الرجالِ فإنَ مزيد إنفاقهم [11] يمنعُهم من تحصيل مصالح الأطفالِ ، فلهذه القاعدة قدمَ الابنُ علىَ غيره ، فإنا نعلمُ بالضرورةِ أن ابنَ الإنسان أشفقُ عليه منِ ابنِ عمهِ لاسيما إذا بعد ، ويقدمُ كلُ ولي علىَ غيره منَ الأولياءِ إذا كانت صفتُه أقربَ وحاثةً على حسنِ النظرِ أكثرَ من غيره فيقدم لذلك [12] .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2) ساقطة من (ك) .
(3) في (ك) : [الذكورة] .
(4) تنكية : - نكى العدو نكاية : أصاب منه . انظر : اللسان (نكى) (4545) .
(5) في (ص ، ك) : [الخارجية] .
(6) في (ص) : [حروب] .
(7) في (ك) : [الحرب] .
(8) في (ط) : [أروع] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(9) ساقطة من (ك) .
(10) في (ك) : [كذلك] .
(11) في (ص) : [نفاقهم] .
(12) في (ك) : [كذلك] .

الفرق الثاني والأربعون والمائة

بين قاعدة الأجداد في المواريث يسوون بالأخوة وبين قاعدتهم في النكاح وميراث الولاء وصلاة الجنازة تقدم الأخوة عليهم

1855 - وسرُّ الفرقِ بين هذهِ المواطنِ والمواريثِ أن الجدَّ في باب المواريث يقول : أنا أبوُ أبِيهِ ، والأخُ يدلي بالبنوة فيقول : أنا ابنُ أبيه ، والبنوةُ مقدمةٌ على [الأبوة ، فحجب] [1] الابنُ الأبَ [2] عن جملة المالِ إلي سدسهِ [3] ، فهذه العمدةُ في الأبواب الأربعةِ كلها ، ويفترق الميراثُ من الثلاثة الأبواب الأخر بأن الجدَّ تسقطُ الأخوةُ للأمِ [4] به ، ولا يقدرُ [الأخوة الأشقاء] [5] على ذلك ولا الأخوة للأبِ ، ويرثُ مع الابن بخلافِ الإخوة [6] فلما عارضَ بهذين الوجهين حجة الاخوة بالبنوة سوىَ بالأخوة في بابِ ميراث [7] النسب ؛ لأنه هوَ الذي حصلَ فيه التعارضُ ، وهذا التعارضُ منفيٌ في الأبوابِ الثلاثةِ بسبب أن الأخوةَ للأمِ [8] لا مدخلَ لهم في ولايةِ النكاح ، ولا ميراثِ الولاء ، ولا في [9] صلاة الجنازةِ حتىٰ يقولَ الجدُّ للإخوة : أنتم عاجزون [10] عن دفع هؤلاء ، وأنا لا أعجزُ عن دفعهم ، وإذا لم يمكن أن يعارضهُم بذلكَ بقيتْ حجتهُم بالبنوةِ ، وتقديمها على الأبوة سالمةً [11] عنِ المعارضِ [12] فقدموا في الأبوابِ الثلاثة بخلاف ميراثِ النسبِ [13] .

---

(1) في (ك) : [للأبوة لحجب] ، وفي (ص) : [الأبوة لحجب] .

(2) في (ص ، ك) : [للأب] .

(3) أجمعوا على أن فرض الأبوين من ميراث ابنهما إذا كان للابن ولد أو ولدان السدسان . أي أن لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾ والجمهور على أن الولد الذكر دون الأنثى وخالفهم في ذلك منْ شذ . انظر : بداية المجتهد (507/2) .

(4) في (ص ، ك) : [لأم] .

(5) في (ك) : [للأخوة الأشقاء] .

(6) في (ك) : [للأخوة] .

(7) في (ك) : [الميراث] .

(8) في (ص ، ك) : [لأم] .

(9) ساقطة من (ص ، ك) .

(10) في (ط) : [عاجزين] والصواب ما أثبتناه .

(11) في (ص ، ك) : [سالم] .

(12) في (ص ، ك) : [عارض] .

(13) قال البقوري : قلت : إذا لم تقع المعارضة من ذلك الوجه بقيت المعارضة من وجه آخر ، وهو أن الجد يرث مع الابن ، بخلاف الأخوة ، وللإخوة دخل في النكاح إذا لم يكونوا للأم . ويمكن أن يقال : الفرق هو من حيث إن ميراث النسب يسوى الجد فيه مع الإخوة من حيث إن النسب متوقف على الجد فبه يتحقق ، وهو أبعد من حيث الخلطة والاتصال غالبا فوقع التعارض ، وفي المسائل الثلاث تحقق قرب الاتصال الموجب للرعي والشفقة ، فكان الجد مرجوحا . انظر : ترتيب الفروق للبقوري (25/2) بتصرف يسير .

الفرق الثالث والأربعون والمائة

بين قاعدة الوكالة وبين [1] قاعدة الولاية في النكاح

1856 - إن الرجلَ إذا وكلَ وكيلين في بيع سلعةٍ فباعاها من رجلين كانَ النافذُ من البيعين هو الأول [2] وإذا جعلتِ المرأةُ أمرَها لوليين فزوجاهَا منْ رجلين كفأينْ فالمعتبرُ أولُهما إن عرف كالبيع ، إلا أن يدخل بها الأخيرُ فهو أحقُّ بها ، وهذه القاعدةُ فيها سبعُ مسائل يفيتهن الدخول : مسألة الوليين ، وامرأة المفقود تتزوجُ بعد الأجلِ المضروبِ يفيتهَا الدخولُ ، فإن قدم قبلَ الدخول بها فهو أحقُّ بها . والمرأةُ تعلمُ بالطلاق دون الرجعةِ فتتزوجُ ثم تثبت رجعةُ الأول ، فإن دخلَ بها الزوجُ الثاني كان أحقَّ بها وألغيتِ [3] الرجعةُ .

وقال مالك في المدونة : إذا طلقَ زوجُ الأمةِ الأمةَ [4] طلاقًا رجعيًا فراجعَها في السفر فلم تعلم بذلك فوطأها السيدُ بعد انقضاءِ العدة معَ عدمِ [5] علمه بالرجعةِ ، كان وطءُ السيد مفيتًا [6] لها كالوطءِ بالزواج ، [7] وتكونُ هذه المسألةُ ثامنةً لهذه المسائل .

وامرأة الرجل يرتد فيشك في كفره بالأرض البعيدة هل هو إكراهٌ أو اختيارٌ ؟ ثم يتبين أنه إكراهٌ ، وقد تزوجت امرأته بناءً على ظاهِر كفرِه فإن دخل بها الثاني فهو أحقُّ بها ، وإن لم يَدْخُلْ بها فهي للأول .

والرجل يُسْلِمُ على عشرةِ [8] نسوةٍ فاختار أربعًا منهنَّ فوجدهُنَّ ذوات محارمَ [9] فإنه يرجع ويختارُ من البواقي مالم يَتزَوَّجْنَ ويدخلْ بهن أزواجُهُن ، فمن دخلَ بها فات الأمر [10] فيها بالدخول ، ومَنْ لم يدخلْ بها كان له أخذُها ، وقيلَ : [لايفيتهن] [11] الدخولُ .

والمرأةُ تطلق للغيبة ثم يقدم بحجة : [12] فإن وجدها تزوجت ودخلَ بها فاتت عليه ، وإن لم يدخَل بها لم تفت عليه .

والمرأة تسلم وزوجها كافر فيفرق بينهما ثم يتبين تقدم [13] إسلامه عليها .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2) في (ك) : [للأول] .
(3) في (ص ، ك) : [لغيت] .
(4) ساقطة من (ك) .
(5) ساقطة من ط .
(6) في (ك) : [مفشا] .
(7) انظر : المدونة الكبرى 91/2 .
(8) في النسخ التي بين أيدينا [عشرة] والصواب ما أثبتناه .
(9) في (ط) : [مجازم] ، في (ك) : [محارم] والصواب ما أثبتناه .
(10) في (ك) : [للأمر] .
(11) في (ك) : [لأنفسهن] .
(12) في (ص) : [بحجته] .
(13) في (ص ، ك) : [بعلم] .

1857 - وخولفت هذه القاعدةُ [في أربع] [1] مسائل في المذهب أيضًا : المرأة ينعَى لها زوجُها ثم يتبين حياَته وقد تزوجت ، فإنـها لا يفيتها الدخول .

وقيل : يفيتها الدخولُ .

1858 - والمطلقةُ بسبب الإعسارِ بالنفقة ثم يتبين أنـها أسقطتها عنه قبل ذلك وقد تزوجت فإنـها ترجعُ إليه ، وإن دخَل بها الثاني .

1859 - والرجل يقول : عائشةُ طالقٌ [2] وله امرأةٌ حاضرةٌ اسمها عائشةُ ، وقال : لم أردها ولي امرأة أخرى تسمَّى عائشة ببلد آخر و [3] هي التي أردت ، فإنـها تطلق عليه هذه ؛ لأن الأصل عدم امرأة أخرى ، فإن تبين صدقه وقد تزوجت ودخل بها زوجها ردت إليه ، ولا يفيتها الدخول .

1860 - والأمة تختارُ نفسهَا [تتزوج ويدخل بها زوجها] [4] ، ثم يتبين عتق زوجِها قَبلَها [ردت إليه] [5] ، وقيل : يفيتها [6] فالشافعي ﷺ يسوي بين القاعدتين وجعل العقد السابقَ هو المعتبرَ ، وما بعدَه باطلٌ حصل دخولٌ أم لا ، فهذا [7] هو القياسُ ، فإن من شرط عقد النكاح أن تكونَ [8] خاليةً من [9] زوج ، وهذه ذاتُ زَوْجٍ فلا يصحُ العقد عليها .

واعتمد مالك ﷺ تعالى على قضاءِ عمرَ ﷺ [10] في مسألة الوليين ، وقضاء معاوية

---

(1) في (ص) : [بأربع] .

(2) في (ك) : [طلق] .

(3) ساقطة من (ص ، ك) .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) قال ابن الشاط : قلت : هذا الفرق عندي فاسد الوضع فانه لا فرق بين البيع والنكاح من حيث إن السلعة إذا هلكت كان هلاكها فوتا ونفوذا للعقد الثاني ، وكذلك في النكاح في المسائل الثماني التي ذكر الفرق فيها وإنما يحتاج إلى الفرق بين هذه المسائل والمسائل الأربع التي ذكر عدم الفوات فيها ، وأما الفرق بين تينك القاعدتين فليس بصحيح ، والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 103/3 ، 104 .

(7) في (ص) : [هذا] وفي (ك) : [وهذا] .

(8) في (ص ، ك) : [تكون في] .

(9) في (ط) : [عن] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(10) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى أبو حفص القرشي العدوي ، المحدث الملهم فاروق الإسلام . فرق الله به بين الحق والباطل ، أحد العشرة المبشرين بالجنة ووالد زوجة نبينا ﷺ ، حفصة أم المؤمنين ، روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه علي ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبو هريرة ، وعدد من الصحابة رضوان الله على الجميع ، وقال ﷺ : « اقتدوا بالذين من بعدي ، أبو بكر وعمر » ومناقبه ﷺ كثيرة شهيرة ، مات شهيدًا ، كما أخبر النبي ﷺ سنة (23 هـ) .

سير أعلام النبلاء 509/2 . الإصابة (3034) .

ابن أبي سفيان [1] [ﷺ] [2] وعبدِ الله بن الزبير [3] في مسألةِ الرجعة ، وأفاتوا المرأةَ بالدخولِ ، وهذا مدرك عندَ مالك ، وعندَ الشافعي ﷺ ليس بمدرك ؛ لأن مذهبَه أن قولَ الصحابي يَصْلُحُ للترجيحِ لا للاستقلالِ [4] ، ووجهُ الحجةِ على الشافعي ﷺ [5] هو سِرُّ الفرقِ المقصود بين القاعدتين أنا أجمعنا على الأخذ بالشفعة ، وهو إبطالُ أثرِ العقدِ السابق ، وتسليط الشفيع على إبطاله لأجل الضرر الداخل على الشريك من توقع القسمة ، وإذا قُضِيَ بتقديم الضرر على العقد هنالك وجب أن يقضَى هاهنا بتقديم الضرر على العقدِ السابق بطريقِ الأَوْلَى [6] من وجهين :

1861 - [الوجه [7] الأول] [8] أن ضررَ الشفعةِ متوقعٌ ، فإن القسمةَ قد تحصل وقد لا تقع البتة ، وأما الضررُ هاهنا فناجزٌ ، وتقريرُه أن الرجلَ إذا اطلع [9] على المرأةِ حَصَلَ له بها تعلُّقٌ في الغالبِ ، وحصلَ لها هي أيضًا تعلُّقٌ ، فإن الرجلَ [10] إنما يتزوج في الغالب من مَالَتْ [نفسهُ إليها] [11] ، وإذا دَخَلَ عليها مَعَ الميلِ المتقدم وُجِدَتِ الرؤيةُ والمباشرةُ ،

---

(1) هو معاوية بن أبي سفيان بن صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب أمير المؤمنين ملك الإسلام ، أبو عبد الرحمن ، القرشي ، الأموي ، الملكي أمه هي : هند بنت عتبة ، قيل : أسلم قبل أبيه وقت عمرة القضاء ، وبقي يخاف من اللحاق بالنبي ﷺ من أبيه ، ولكن ظهر إسلامه يوم الفتح ، حدث عن النبي وكتب له مرات يسيرة وحدث عن أخته أم حبيبة وأبي بكر وعمر ، روى عنه : ابن عباس وسعيد بن المسيب وغيرهما ، ولي الخلافة بعد مقتل علي بن أبي طالب وأسس الدولة الأموية . وتنبأ له أعرابي بأنه سيسود قومه وقال له النبي : يا معاوية إما ملكت فأحسن . توفي سنة (60 هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء 285/4 وما بعدها .

(2) زيادة من (ص ، ك) .

(3) هو عبد اللّه بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد اللّه الغزالي بن قُصي بن كلاب بن مرة ، أمير المؤمنين ، أحد الأعلام ، ولد الحواري الإمام أبي عبد اللّه ، ابن عمة رسول اللّه ﷺ وحواريه ، له صحبة ورواية أحاديث ، كان كبيرًا في العلم والشرف والجهاد والعبادة ، بويع بالخلافة عند موت يزيد سنة 64 هـ ، عُدت دولته زمن فرقة . حدث عنه : أخوه عروة الفقيه ، وابناه عامر وعباد ، وابن أخيه محمد بن عروة وغيرهم ، كان فارس قريش في زمانه ، له مواقف مشهودة . توفي سنة 73 هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء 459/4 وما بعدها .

(4) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله من أن الشافعي يسوي بين القاعدتين يشعر بأن مالكا لا يسوي بينهما وليس الأمر كذلك ، بل مالك يسوي بينهما غير أنه فرق بين مسائل من فروع القاعدتين فيطلب وجه ذلك الفرق . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 105/3 .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) في (ك) : [للأولى] .

(7) زيادة من (ص) .

(8) في (ك) : [الأول] .

(9) في (ك ، ص) : [طلع] .

(10) في (ك) : [الزوج] .

(11) في (ص ، ك) : [إليها نفسه] .

فالغالبُ حصولُ الميل ، كذا [1] هي أيضًا إنما رضيت به بعد مَيْلِ نَفْسِهَا إليه ، فإذا باشرته مع الميل المتقدم وحصول الأرب فالغالبُ حُصُولُ المِيل ، وإذا كان الظاهرُ حصول الميل إما مِنْ الجانبين [2] وأما من أحدهما ، فلو قضينا بالفراق بعد هذا الميل الناشئ من الدخولِ وقضاءِ الأوطارِ لحصل الضررُ الناجزُ لمن حَصَلَ له الميلُ بألمِ الفراقِ ، فعلم أن ضررَ الشفعةِ متوقَّعٌ ، وضررَ هذه المسائلِ واقعٌ ، والواقعُ أقوى من المتوقع .

1862 - الوجه [3] **الثاني** في موجب القياس بطريق الأولى : [4] أن الشريكَ الشفيعَ يأخذُ بغير عقدٍ أضيف إليه ، بل بمجردِ الضررِ ، وهاهنا الزوجُ الثاني معه عقدٌ يقابل به العقد الأول [5] فصار دفعُ ضررِهِ مقصودًا [6] بعقد ، ودفعُ [7] ضررِ الشريك غيرَ مقصود [8] بعقد فكان المقصودُ [9] أولى .

1863 - فإن قلت : وجودُ هذا العقدِ كعدمِهِ ، لأن المحلَّ غيرُ قابلٍ له ، فلا يَصِحُّ [10] للترجيح .

1864 - قلت : كونُ وجودِهِ كعدمِهِ هو محلُّ النزاعِ ، نحنُ نقولُ : ليس وجُودُه كعدمه ، بل اتفقنا [11] على أن مثل هذهِ الصورة من العقدِ موجبةٌ للعصمةِ في غيرِ صورةِ النزاعِ فوجبَ أن يكونَ هنا كذلكَ عَمَلًا بوُجُودِ الصورةِ [12] مِنَ [13] الإيجابِ والقبولِ ورِضَا الولي والمرأة ، وكون تقدم العقدِ مَانِعًا صُورَةَ النزاع ، وهذا [14] وجهُ الترجيح .

1865 - فإن قلت : ما الفرقُ بين مسألةِ الوليين ومسألة الوكيلَيْنِ وُكِّلَا على أن يزوج كل واحد منهما بامرأة فزوجاه بامرأتين فدخل بإحداهما فتبين [15] أنها خامسةٌ فإنها لا يفيتها الدخولُ إجماعًا فكذلك [16] هاهنا والجامعُ بطلانُ العقد .

1866 - قلت : الفرقُ [17] بينهما من عشرةِ أوجه :

1867 - أحدها المانعُ من الصحة في الخامسة هُوَ [18] عقد الرابعة مع ما تقدمه من

---

(1) في (ص ، ك) : [كذلك] .
(2) في (ص ، ك) : [الوجهين] .
(3) ساقطة من (ط) .
(4) في (ك) : [للأولى] .
(5) في (ك) : [للأول] .
(6) في (ط) : [معضودًا] .
(7) في (ك) : [دفع دفع] .
(8) في (ط) : [معضود] .
(9) في (ط) : [المعضود] .
(10) في (ص ، ك) : [يصلح] .
(11) في (ك) : [اتفقا] .
(12) في (ك) : [للصورة] .
(13) في (ص ، ك) : [في] .
(14) في (ص ، ك) : [فهذا] .
(15) في (ص ، ك) : [تبين] .
(16) في (ص ، ك) : [وكذلك] .
(17) في (ط) : [بالفرق] .
(18) في (ص) ، (ك) : [وهو] .

العقود ، والمانعُ في الوليين هو [1] عقدٌ واحدٌ ، فهو أخفُّ فساداً ، وأقلُّ موانعَ ، ففاتت بالدخول بخلاف الخامسة .

1868 - الثاني : أن الأولياءَ الغالبُ عليهم الكثرةُ دونَ الوكلاءِ [2] ، فصورةُ [3] الوليين مما يكثُرُ وُقُوعها ، فالقولُ ببطلانِ العقدِ الثاني بعدَ الدخولِ يُؤَدِّي إلى كثرةِ الفسادِ ، والخامسة نادرة ؛ لأن الفسادَ [4] فيها شيء عن الاطلاع والكشف قليلٌ .

1869 - الثالث : أن الزوجَ كالمشتري الذي هو صاحبُ الصداقِ الذي هو الثمن ، والمرأة كالبائع ؛ لأنـها صاحبة السلعة ، والسلعُ مقاصدُ ، والأثمانُ وسائلُ ، ورتبتُها أخفضُ [5] من رتبةِ المقاصد ، فلذلك لم يبطلْ عقدُ الرابعةِ ؛ لأنـه إبطالٌ لمقصدٍ [6] ، وإبطالُ العقد الأول للزوج الأول إبطالٌ لصاحبِ وسيلةٍ ، والتعارضُ إنما [7] وقعَ بين الزوجين اللذين هما صاحبَا وسيلةٍ ، وبين الرابعة والخامسةِ في صاحبي مقصد ، فاجتمعَ [8] في الرابعةِ كونه مقصدًا [9] و [10] موافقة الأوضاع الشرعية فامتنع إبطاله لقوته بخلاف الزوج الأول .

1870 - الرابع أن [11] ولوعَ الرجالِ بالنساءِ وشغفهمْ [12] أكثر منـهنَّ بهم ، والعادة شاهدةٌ بذلك ، [فإن الرجالَ] [13] هم الباذلونَّ والخاطبونَ [14] إلى [15] غير ذلك من الدلائل [16] على فرطِ الميلِ ، ولم يوجدْ ذلك في [17] النساء لضعف طبعهنَّ ، وغلبة الحياءِ عليهن ، وإذا كان شغفُ الرجال بهن [18] أعظمَ صعبَ التفريقُ في مسألة الوليين ؛ لأنـهُ ضررٌ بالزوجِ الثاني الذي حصلَ لهُ الشغفُ بالدخولِ ، والخامسةُ إنما يتوقعُ فيها داعيةٌ ضعيفةٌ فكانَ الفسادُ أقلَ .

1871 - الخامس [19] أن داعيةَ الرجالِ في السؤال عن الواقعِ من أولياءِ المرأةِ ضعيفٌ ،

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .
(2) في (ط) ، (ك) [الولاء] .
(3) في (ط) : [فعقد] .
(4) في (ص ، ك) : [فالفساد] .
(5) في (ص ، ك) : [أحفظ] .
(6) في (ك) : [المقصد] .
(7) في (ك) [إنـها] .
(8) في (ص ، ك) : [فأخرج] .
(9) في (ط) : [مقصد] .
(10) في (ص ، ك) : [أو] .
(11) ساقطة من (ك) .
(12) في (ص) : [شغفهن] .
(13) في (ص ، ك) : [فالرجال] .
(14) في (ك) : [الخاطون] .
(15) ساقطة من (ص ، ك) .
(16) في (ص ، ك) : [الدال] .
(17) ساقطة من (ك) .
(18) ساقطة من (ص ، ك) .
(19) في (ص ، ك) : [الخامسة] .

وعن الواقعِ من الوكلاءِ في التزويجِ قويٌّ ، فكثرُ الأولُ دون الثاني ، فكانت [1] مخالفةُ القاعدةِ في الوليين أقلَّ .

1872 - السادس : أنه يهتم في الخامسة أن يكون عدل إليها عن الرابعة مع علمه [2] بها ؛ لأنه المختار للدخول ، والمرأة محكومٌ عليها لاخيرة لها .

1873 - السابع : أن الخامسةَ على خلاف القاعدةِ المعتبرة ، فعظمتْ أسبابُ إبطالها ؛ لأن الله تعالى جعل ثلاثا [3] مستثنيات [4] ، فتجوزُ الهجرة ثلاثًا ، والإحداد ثلاثًا ، وأيامُ الخيار ثلاثًا ، والضرات ثلاثًا ، ثم يلزم ويمكث المهاجر [5] بعد قضاء نسكه ثلاثًا ، وجعل المرأة تضر بثلاثٍ من النساء ، والخامسة لو صححناها وقعَ الإضرارُ [6] بأربع ، ولم يوجد في مسألة الوليين مخالفة قاعدةٍ إلاما اشتركا فيه .

1874 - الثامن : أن شأنَ أولياءِ المرأة السؤالُ عن حالِ الزوج ، وليس شأنُ أولياء الرجل السؤالَ عن حال المرأة ، فضعفت الشبهة في الخامسة بكشف أوليائها .

1875 - التاسع : أن عقدَ الوكالة ضعيفٌ ؛ لأنه جاء [7] من الطرفين ، ولأن المكلفُ ينشئةٌ ، فيكون ضعيفًا كالنذرِ مع الواجب المتأصلِ بخلاف الأولياء .

1876 - العاشر : أن في الخامسة [8] مفسدةٌ اندفعت بالفسخ ، وهي أنها على ضرات أربع لها ، والفائتُ [9] على ذاتِ الوليين صحبة الزوج الأول ، ودرءُ المفاسد أولى من تحصيلِ المصالح .

1877 - فإن قلت : في صورة الشفعةِ الشريكُ مخيرٌ وهاهنا الزوجُ الثاني ليسَ مخيرًا ، بل أنتم تعينون المرأة له جزمًا ، فقد زادت صورةُ الفرع المقيس على صورة الأصل المقيس عليه بوصف اللزوم ، فليس الحكم مثل الحكم ، فلا يصح القياس لتباين الأحكام .

1878 - قلت : الوجهُ الذي وقعَ فيه القياسُ لا اختلاف فيه ؛ لأن القياسَ إنما وقع من جهة تقديم الضرر [10] على العقدِ السابق ، والصورتانِ من هذا الوجه مستويتان لا اختلاف فيهما ، وإنما حصلَ [11] اللزومُ في صورةِ النزاعِ دون صورةِ الشفعةِ لامتناعِ

---

(1) في (ط) : [فكان] .

(2) في (ط) : [عمله] والصواب ما أثبتناه .

(3) في (ص ، ك) : [ثلاثة] .

(4) في (ص ، ك) : [مستثناه] .

(5) في (ط) : [المهاجر] .

(6) في (ك) : [للإضرار] .

(7) في (ص ، ك) : [جائز] .

(8) في (ص ، ك) : [الخامس] .

(9) في (ك) : [الهائت] .

(10) في (ط) : [المضرة] .

(11) في (ط) : [جعل] .

الخيارِ في النكاح ؛ لئلا تكون المخدرات بذلت بالخيار ، فلذلك حصل اللزوم والتعيين للزوج الثاني ، ولما كانت السلعُ والعقارُ قابلةً للتخيير والخيارِ ثبت للشفيع الخيارُ من غير لزوم .

1879 - فإن قلت : إنما أبطلنا العقدَ في الشفعةِ لضررِ الشفيع ؛ لأن العقارَ مالٌ ، ورتبةُ الأموالِ أخفضُ من رتبةِ الأبضاعِ ، ولا يلزمُ من مخالفةِ العقدِ المقتضي لما هو أدنى مخالفة العقد المقتضي لما هوَ أعلى ، وهذا فرق يبطل القياس .

1880 - قلت : هذا بعينهُ مستندنَا [1] في أولوية القياسِ ، وذلك أنكم إذا سلَّمتم أن الأبضاع أعلى رتبةً من الأموالِ يكونُ الضررُ بفواتِ مقاصدهَا أعظمَ [من ضرر الشريك] [2] ، فيكونُ أولىَ بالمراعاةِ ، فيكون [3] الزوجُ الثاني كما [4] حصل له تعلق بالدخول في مسألة الوليين فالزوج الأول قد حصل له أيضًا تعلق في مسألة الرجعة والمفقود وغيرهما ، فَلِما [5] كان دفع ضرر الثاني أولى من الأول لاسيما وصحبة الأول أطول ومعاهد قضاء الأوطار بينهما أكثر ، و [6] قال الشاعر :

« و [7] ما الحبُّ إلا للحبيبِ الأول »

1881 - قلت : بل ضررُ الثاني هو الأولىَ بالمراعاة ، وذلك [لأن الأول] [8] أعرض بالطلاق ، وتوحش [9] العصمة إما بالطلاق ، وإما بالفراق من غير طلاق ، وإما بحصول السآمة من طول المباشرة ، وقد جرت العادة أن طول صحبة المرأة توجب قلة وقعها في النفس ، وأن جدتهَا توجبُ شدةَ وقعِها في النفس ، وبهذا يظهر أن ضرر الثاني أقوى و أولى بالمراعاة ، فهذا هو سرُّ الفرقِ بين قاعدةِ الأنكحةِ في هذا الباب وبين قاعدة الوكالات في السلع والإجارات .

1882 - فإن قلت : سردتَ اثنتي [10] عشرةَ مسألةً ، منها ثمانيةٌ من هذه القاعدة ، ومنها أربعٌ تعارضها ، وهي نقضٌ على [11] ما ذكرتهُ من الفرق ، والنقض موجب لعدم الاعتبار فيلغى [12] ما ذكرته من الفرق ما لم تفرق بينهما .

---

(1) في (ص ، ك) : [مستند ما] .
(2) ساقطة من (ص) و (ك) .
(3) في (ص ، ك) : [فكون] .
(4) ساقطة من (ك) .
(5) في (ص ، ط ، ك) : [فلم] والصواب ما أثبتناه .
(6) زيادة من (ص ، ك) .
(7) زيادة من (ص ، ك) والوزن يستقيم بدونها .
(8) في (ص ، ك) : [أن للأول] .
(9) في (ص ، ك) : [ولو حشت] .
(10) في (ص) و (ك) : [اثنى] والصواب ما أثبتناه .
(11) ساقطة من (ك) .
(12) في (ص ، ك) : [فيلغو] والصواب ما أثبتناه .

1883 - قلت : ما ذكرتهَ سؤالٌ حسنٌ مسموعٌ ، وبيان الفرقِ بين الأربعة وبين [1] الثمانية يتضح بأن تعين أقرب الثمانية للأربعة ، وتبين الفرق بين تلك الصورة وتلك الأربعة فيحصل الفرق بين الأربعة والثمانية ، أو تعين أقرب الصور الثمانية لعدم الفوات بالدخول ، وأقرب الأربعة للفوات بالدخول ، وتفرق بين هاتين الصورتين ، فيكون الفرقُ قد حصلَ بين الجميعِ بطريقِ الأولى ؛ فإنه إذا حصلَ باعتبار الأبعدِ حصلَ باعتبارِ الأقربِ بطريقِ الأولى ، فنقولُ : كلُّ [2] مسألةٍ دخل فيها حكمُ حاكمٍ من هذه الثمانيةَ فهي أقربُ إلي التفويتِ بالدخولِ من الصورةِ التي لمْ يدخلْ فيها حكمُ حاكمٍ ، بسبب أن حكمَ الحاكم يتنزل منزلةَ فسخِ النكاحِ من حيثُ الجملةُ .

ألا ترى أن أبا حنيفة ﷺ قال : إن الحاكمَ إذا حكمَ بالطلاق بشهادة زور نفذ الطلاق في الظاهرِ والباطنِ، وكذلك إذا حكم بالنكاح والزوجيةِ بشهودِ زور ثبت النكاحُ في الظاهرِ والباطنِ ، وجازَ لأحدِ تلك الشهود الزور أن يتزوج تلك المرأةَ التي شهد بطلاقها مع علمه بكذبِ نفسه ، وأبيحت الزوجةُ [3] في المسألة الأخرى في نفس الأمرِ ؛ لأن حُكْمَ الحاكمِ في هذه المسائلِ وإن لم يُصَادِفْ عقدًا ولا طلاقًا لكن حكمه نفسه يتنزل منزلة الطلاقِ [4] والنكاح ؛ ولهذا المدرك عمم [5] نفوذ الأحكام بشهادة الزورِ في العقودِ والفسوخِ دونَ الديونِ وغيرِها من القضايا ، فإن الدَّيْنَ ونحوه لا يدخله حكمُ الحاكِم ، فتستقل الذمة به ، والفسخُ يمكن أن يَسْتَقِلَّ به الحاكمُ في صورِ مُجْمَع عليها ، وكذلك الحاكمُ يستقل بالعقدِ ولا تستقلُّ الذممُ بالمالِ إلا بأخذه بالفرض أو غيره ، فلذلك عممَ في العقودِ والفسوخِ ، ومنع غيرهما [6] ، ونحن وإن لم نقلْ بهذا المدرك وقلنا لا ينفذ هذا الحكمُ غير أنه يبقى فارقًا من حيثُ الجملةُ بين ما فيه حكم حاكم ، وبين ما ليس فيه حكمٌ فيكونُ ما فيه حكمٌ أقربَ إلي الفواتِ بالدخول من حيثُ الجملة ، فأقول : الذي دخل فيه حكمُ الحاكمِ منها مسألة المفقود ، ومسألة المرأة تُطَلِّقُ نَفْسَهَا [7] بسبب طول الغيبة ، ومسألةُ المرأة تُسلمُ ثم يَتَبَيَّنُ تَقَدُّمُ إسلامِ زوجها .

فهذه الثلاث المسائل [8] فيها حكمُ الحاكمِ يُوجِبُ الفرقَ بينها [9] وبين غيرها .

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .

(2) في (ص ، ك) : [على] .

(3) في (ص ، ك) : [للزوج] .

(4) في (ك) : [للطلاق] .

(5) في (ك) : [عم] .

(6) في (ك) : [غيرها] .

(7) زيادة من (ص ، ك) .

(8) في (ص ، ك) : [مسائل] .

(9) في (ك) : [بينهما] .

1884 - والخمس المسائل الباقية منها : مابني فيها على ظاهر فانكشفَ خلافه ، ومنها ما لا [1] ينبَى فيها على ظاهر ، فالتي ينبَى فيها [2] على ظاهرٍ انكشف خلافه المرأة فيها [3] معذورة ؛ بسبب الظاهر مأذون لها في الإقدام على العقد الثاني بسبب الظاهر ، وكذلك وليها بخلاف ما لا ظاهر فيه يقتضي بطلانَ العقدِ الأول ، والتي فيها ظاهر هي المرأة الحرة تعلم بالطلاق دون الرجعة ، فإن ظاهرَ الطلاقِ يبيح [العقد ، والأمة يطلقها زوجها كما تقدم] [4] وامرأة المرتد ، فإن ظاهرَ الكفرِ يبيح العقد ، والرجل يسلم على عشرِ [5] نسوةٍ ، فإن ظاهرَ حالهنَّ يقتضي [6] الاختيارَ ، وتزوجهن على بناء ظاهر الاختيار فهن معذورات ، فهذه أربع فيها عذر يبيح [7] .

وفي [8] مسألة الوليين ليس فيها حكمُ حاكمٍ ، ولا [9] ظاهر ، فهي أبعدُ المسائل عن الفوات بالدخول ، فنعينها للبحث [10] والفرقَ .

1885 - وأما الأربعُ وهي المرأة يُنعى لها زوجها فالفرق بينها [11] وبين مسألةِ الوليين أن الموتَ شأنه الشهرة [12] والظهورُ ، فالخطأ فيه نادرٌ ، فيضعفُ العذرُ ، فلا يفوت بالدخول ، وعقد الولي الأول على المرأةِ ليس اشتهارهُ في الوجودِ كاشتهارِ الموتِ ، ولا تتوفر الدواعِي على الإخبارِ به كتوفرها [13] على الإخبارِ بموتِ إنسانٍ والتفجعِ عليه ، والعوائد شاهدةٌ [14] بذلك ، ومسألةُ التطليقِ بالإعسارِ ، فالفرقُ بينها [15] وبين مسألة الوليين أن المرأة هنا [16] ظالمة قاصدة للفساد فناسب أن تعاقب بنقيض مقصودها في إبطال تصرفها بالزواج لأنها تعلم أنها أسقطت النفقة ، وأنها مبطلةٌ في جميع تصرفها ودعواها ، بخلاف مسألة الوليين لم يكن عندها علم بالعقد الأول .

1886 - وأما مسألةُ الذي [17] يقول : عائشةُ طالقٌ ، [فإن الحكمَ هنا] [18] ينبَى على

---

(1) في (ص ، ك) : [لم] .
(2) في (ص ، ك) : [فيه] .
(3) في (ص ، ك) : [فيه] .
(4) ساقطة من (ص ، ك) .
(5) في (ط) : [كثير] .
(6) في (ص ، ك) : [اقتضى] .
(7) في (ص ، ك) : [مبيح] .
(8) في (ص ، ك) : [ففي] .
(9) في (ص ، ك) : [على] .
(10) في (ك) : [البحث] .
(11) في (ك) : [بينهما] .
(12) في (ك) : [الشهوة] .
(13) في (ط) : [كتوفره] .
(14) في (ط) : [شهادة] وفي (ك) : [شواهده] .
(15) في (ص) : [بينهما] .
(16) في (ص ، ك) : [هاهنا] .
(17) في (ص ، ك) : [من] .
(18) في (ص) : [فلأن الحاكم هنا] ، وفي (ك) : [فلأ الحاكم هاهنا] .

استصحابِ الحال من جهة أن الأصلَ عدمٌ زواجهِ لامرأةٍ أخري ، [واستصحاب الأصل أضعف من] [1] استصحاب [2] الولي بعدم [3] العقد على موليته ، فإن العقود لأوليائها غالبًا بخلاف عقود الرجال على النساء لا يشهر عند الحاكم [4] .

1887 - فإن قلت : الطلاقُ بسبب الغيبة أيضًا [اعتمد الحاكم فيه] [5] على الأصلِ العدمي ، وهو أن الأصلَ عدمُ إيصالِ حقوقها إليها .

1888 - قلت : الغيبةُ صورةٌ ظاهرةٌ [شاهدة على الزوج يوعد المرأةَ ولا صورةَ ظاهرةً] [6] تشهدُ بعدمِ زواجِه [7] امرأةً [8] أخرى تسمَّى عائشة ، فإذا تقررَ الفرقُ بين هذه وبين ما وقع فيه حكم ، فالفرق بينهما [9] ، وبين مسألة الوليين أن الولي العاقدَ للعقدِ الثاني مأذون له في العقد إجماعًا ، وليس له معارض من حيثُ الظاهرُ ، والمرأةُ لما تزوجت هاهنا مع قول الزوج : لي امرأة أخرى تسمى عائشة قولٌ ظاهرةٌ [10] الصدقُ ، فإنه مسلمٌ عاقلٌ ، وقد أخبر عن أمر ممكن لا يعلم إلا من قبله ، فينبغي أن يصدقَ فيه كما تصدقُ المرأة في حيضها وطهرها وسقطها وانقضاء عدتها ؛ لأنها أمورٌ لا تعلمُ إلا منْ قبلهَا ، فكذلك هاهنا قولُ الزوج معارضٌ بتصرف [11] المرأة وتصرف وليها في العقد ، والوليُّ الثاني في مسألة الوليين لا ظاهرَ يعارضه ، فكانَ بالنفوذ أولى ، وأما الأَمةُ تختار نفسهَا فالفرق بينها [12] وبين مسألة الوليين أن زوجهَا متهافتٌ عليها متعلقٌ بها غاية التعلقِ ؛ بسبب أنها نزعت عصمتهَا منه [13] قهرًا ، والنفوس مجبولةٌ على حبِّ ما منعت منه ، فناسب ذلك الرد إليه ، بخلافِ مسألة الوليين لم يحصل للزوج المعقودِ له أولًا [14] هذا التعلقُ [15] بسبب أنه لم ير المرأة ولم يباشرها ، فكانت أولي بالفواتِ عليه ، فهذا هوَ الفرقُ الدافع [16] للنقوضِ الأربعةِ .

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .
(2) في (ط) : [واستصحاب] .
(3) في (ص ، ك) : [لعدم] .
(4) في (ص) : [الحكام] .
(5) ساقطة من (ص ، ك) .
(6) زيادة من (ص ، ك) .
(7) في (ط) : [زواج] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(8) ساقطة من (ص ، ك) .
(9) في (ك) : [بينهما] .
(10) في (ك) : [ظاهر] .
(11) في (ص ، ك) : [تصرف] .
(12) في (ك) : [بينهما] .
(13) في (ص ، ك) : [مدة] .
(14) ساقطة من (ص ، ك) .
(15) في (ك) : [التعليق] .
(16) في (ط) : [الرافع] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

وإذا اندفعتِ النقوضُ بالفرق [1] صحَّ المدرك ، وتبين الفرقُ بين قاعدة الوكالاتِ في البياعات وقاعدةِ الوكالاتِ في الأنكحةِ ، فاعلم ذلك فقد يسر الله تعالى [2] فيه من الحجة ما لم أره قط لأحد ، فإن المكانَ في غاية العسر والقلقِ [3] والبعدِ عن القواعدِ ، غير أنه إذا لوحظت هذه المباحثُ قربتْ منَ القواعد ، وظهر وجه الصواب فيها ، لاسيما وجمعٌ كثير من الصحابة أفتوا بها ، فلابد لعقولهم الصافية من قواعدَ يلاحظونها ، ولعلهم لاحظوا ما ذكرتُه ، وبهذا [4] ظهر الفرقُ بَيّنَ الوليين والوكيلين في عقودِ البياعاتِ والإجاراتِ وغيرِها في أن المعتبر هو الأول ، فقط التحق بالثاني سلم [5] أم [6] لا ، وقد وقع لمالك في المدونة والجلاب ، أن الوكيلَ والموكل إذا باع أحدهما بعد الآخر انعقد عقدُ السابق إلا أن يتصل بالثاني [7] تسليم [8] .

1889 - **قال الأصحاب** : هذا قياسٌ على مسألة الوليين .

1890 - وقال ابنُ عبدِ الحكم : لا عبرةَ بالتسليم ، والفرقُ أن كشفَ [9] النكاح مضرة عظيمة بخلاف البيع ، وهذا هو الصحيحُ ، والتخريجُ مع قيام الفارق باطلٌ إجماعًا ، ولم أجد لمالك ولا [10] لأصحابه نصًّا في الوكيلين أن التسليم يفيت ، بل في الموكل والوكيل خاصة ، فلو [11] رام مخرج تخريج الوكلين على الموكل والوكيل لتعذر ذلك بسبب الفرق أيضًا ، وهو أن الموكل له التصرفُ بطريقِ الأصالةِ ، والوكيل له التصرف بطريق النيابةِ فهو فرعٌ ، فإن تأخر عقدُه ووقع [12] التسليمُ في عقد الموكل أمكن أن يقول مالك : ذلك عندي مضافٌ للتسليمِ ، وكونهُ متصرفًا بطريقِ الأصالة ، والأصالة لها قوة ، وله أيضًا قوةُ [13] العزلِ والتصرفِ بنفسه وهو [14] معنى مناسبٌ مفقود في الوكيلين ، فإن كليهمَا [15] فرعٌ لا أصالة لهُ ، فلا ينعقدُ [16] عقدُ اللاحق منهما [17]

---

(1) في (ص ، ك) : [بالفوارق] .
(2) زيادة من (ص ، ك) .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) في (ك) : [وبها] .
(5) في (ط) : [تسليم] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(6) ساقطة من (ك) .
(7) انظر المدونة الكبرى 267/3 .
(8) في (ص ، ك) : [سلم] .
(9) في (ص ، ك) : [كشفه] .
(10) ساقطة من (ص ، ط) .
(11) في (ص ، ك) : [ولو] .
(12) في (ص ، ك) : [ودفع] .
(13) في (ك) : [وة] .
(14) في (ص ، ك) : [هذا] .
(15) في (ك) : [كلهما] .
(16) في (ص ، ك) : [ينفذ] .
(17) في (ك) : [منها] .

مطلقًا ، اتصل به قبض أم لا ، ومهما وجدنا معنى يمكن أن يلاحظه [1] الإمامُ امتنع التخريج على محل ذلك الفارق ،كما أن المجتهد إذا وجد معنى يمكن أن يكون فارقًا امتنع عليه القياس ، فالمقلدُ مع المجتهدِ كالمجتهدِ معَ الشارع .

1891 - فإن قلت : الوكيلان في النكاحِ فرعان لا متأصل فيهما فيسقط [2] ما ذكرته من المناسبة [3] .

1892 - قلت : ما ذكرتهُ مسلمٌ غير أنَّ [4] المرأة لا [5] يتعذر عليها الاستقلال فسقط اعتبار التأصل [6] ، وهاهنا يمكن الاستقلال ، فأمكن أن [7] يكون إمكان [8] الاستقلال [فرقًا يلاحظه] [9] الإمامُ فيتعذرُ التخريجُ ، والصوابُ عدمُ التخريجِ مطلقًا في الموكل والوكيل والوكيلين أيضًا ، والله أعلم [10] .

(1) في (ك) : [يلاحظ] .
(2) في (ص ، ك) : [فسقط] .
(3) في (ص ، ك) : [المناسب] .
(4) ساقطة من (ك) .
(5) زيادة من (ص ، ك) .
(6) في (ص ، ك) : [الاستقلال] .
(7) ساقطة من (ك) .
(8) ساقطة من (ك) .
(9) ساقطة من (ص) و (ك) .
(10) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله يحتاج إلى تأمل ونظر . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 106/3 .

الفرق الرابع والأربعون والمائة

بين قاعدة الإماء يجوز الجمع [1]

بين عدد أي عدد شاء منهن [كثر أو قل] [2]

وبين قاعدة الزوجات لا يجوز أن يزيد [3] على أربع منهن

1893 - وهو أن القاعدةَ أن الوسائلَ تتبعُ المقاصدَ في أحكامها ، فوسيلةُ المحرم محرمةٌ ووسيلةُ الواجبِ واجبةٌ ، وكذلك بقيةُ الأحكام ، غير أنها أخفض رتبةً منها ، و [وسيلة أقبح] [4] المحرماتِ أقبحُ الوسائلِ ، ووسيلةُ أفضلِ الواجباتِ أفضلُ الوسائلِ ، وقد تقدمت هذه القاعدةُ مبسوطةً ، ومضارة المرأة يجمعها مع [5] امرأة أخرى في عصمةِ زوجها [6] وسيلة للشحناء في العادةِ ، ومقتضى ذلك التحريم مطلقًا ، وقد جعل [7] ذلك في شريعة عيسى ﷺ ، كما هو منقول عندهم ، فلا يتزوج الرجلُ إلا امرأةً واحدةً تقديمًا لمصلحة النساءِ على مصلحةِ الرجال بنفي المضارة والشحناء .

1894 - ويقال : إن ذلك شرعَ عكسهُ في التوراة لموسى ﷺ : يجوز [8] للرجل [9] زواج عدد غير [10] محصورٍ يجمع بينهن تغليبًا لمصلحة الرجالِ في الاستمتاع على مصلحةِ النساءِ في [11] الشحناء و [12] المضارة .

1895 - ولما كانت شريعتُنا أفضلَ الشرائعِ جمعَ فيها بين مصلحتي الفريقين ، فيجوزُ للرجل أن يجمعَ بين أربعِ نسوةٍ [13] فيحصلُ له بذلك قضاءُ إربهِ ، ويخرج به عن [14] حيزَ الحجرْ ، ويضاف لذلك [التسري بما شاءَ ، وروعيتْ] [15] أيضًا مصالحُ النساءِ ، فلا تضارُّ زوجة منهن بأكثرَ من ثلاث ، وسرُّ الاقتصارِ [في المضارة على ثلاث] [16] أن

---

(1) في (ص) ، (ك) : [أن يجمع] .
(2) في (ك) : [أو كثر قل] .
(3) ساقطة من (ك) .
(4) ساقطة من (ك) .
(5) ساقطة من (ك) .
(6) زيادة من (ص) ، (ك) .
(7) في (ص) ، (ك) : [فعل] .
(8) في (ص ، ك) : [فزوج] .
(9) في (ص ، ك) : [للرجال] .
(10) ساقطة من (ك) .
(11) في (ص) : [ما] .
(12) ساقطة من (ك) .
(13) لقوله تعالى ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾ سورة النساء آية (3) .
(14) في (ك) : [من] .
(15) في (ص) : [التسري بما تشاور عنه] و في (ك) : [القوي بما شاور عنه] .
(16) في (ص) ، (ك) : [على الثلاث في المضارة] .

الثلاثةَ [1] اغتفرت في مواطنَ كثيرةٍ ، فتجوزُ الهجرةُ ثلاثةَ أيام ، والإحدادُ على غير زوج [2] ثلاثةَ أيام ، [3] والخيارُ [4] ثلاثةَ أيام [والمضارة ثلاثة أيام] [5] ، فهذه الصورُ كلها الثلاث مستثناة [6] على خلاف الأصول [7].[8] ، فكذلك لما كانت الشحناءُ والمضارةُ على خلافِ الأصل [9] استثني منها ثلاثُ زوجات يضار بهن [10] زوجة أخرى ، هذا في الأجنبيات والبعيد من القرابات [11] ، وحافظَ الشرعُ على القرابات [12] القريبة وصونِها عن التفرقِ [13] والشحناءِ ، فلا يجمع بين المرأة وابنتها ولا أمها لأنها [14] أعظمُ القرابات حفظًا لبر الأمهاتِ والبناتِ ، ويلي [15] ذلك الجمعُ بين الأختين [16] ، ويلي ذلك الجمعُ بين المرأة وخالتِها ؛ لكونها من جهة الأمِ ، وبرُّها آكدُ من برِّ [17] الأبِ ، و [18] يليه المرأةُ وعمتُها ؛ لأنها من جهةِ الأبِ [19] ، ثم خالة أمِّها ، ثم خالة

(1) في (ك) : [الثلاث] .
(2) في (ط) : [زوج] .
(3) في (ك) : [أقسام] .
(4) في (ك) : [الجنازة] .
(5) زيادة من (ص) ، (ك) .
(6) في (ص ، ك) : [فيهما مستثنيات] .
(7) في (ك) : [للأصول] .
(8) قال البقوري : قلت : لم يعط سر الاقتصار على أربع فإن كونه يقول : هذا هنا كما كان هنالك ، ونحن لا نعرف لم كان هنا لك أو إن عرفناه ، لعل هذا الموضع يخالف تلك المواضع غير كاف ولا واضح وأيضا فالاقتصار هنالك على ثلاث ، وقضيتنا الجمع بين أربع .
ويمكن أن يقال كان التحديد بأربع من حيث إن تزوج الأكثر من هذا يجمع ضررين على النساء : الضرر الواحد ضرر الشحناء المذكور بينهن ، والضرر الآخر أن الرجل يضعف عن القيام بأكثر من أربع من حيث الوطء غالبا ،فلما تضاعفت المضرة من موضع أسقط ، وأجيز ذلك حيث لم تتضاعف وما أبيح له ﷺ وهو التسع إلا لقوة له ليست لغيره لا من حيث الأخلاق ولا من حيث غيرها .
انظر : ترتيب الفروق واختصارها للبقوري (27/2) .
(9) في (ص ، ك) : [الأصول] .
(10) في (ص ، ك) : [بها] .
(11) في (ك) : [القربات] .
(12) في (ص ، ك) : [القرابة] .
(13) في (ص) : [الفرق] .
(14) في (ك) : [ولأنهما] .
(15) في (ص ، ك) : [وعلى] .
(16) الأصل في تحريم هذه الصورة قوله تعالى في آية المحرمات من النساء ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴾ . سورة النساء آية (23) .
(17) ساقطة من (ص ، ك) .
(18) زيادة من (ص ، ك) .
(19) اتفقوا على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث =

أبيهَا ، ثم عمَّة أمهَا ، ثمَ عمةُ أبيها ، فهذا من بابِ تحريم الوسائلِ لا من باب تحريم المقاصدِ ، ولما كانتِ الأمُّ أشدَّ برًّا بابنتها من الابنةِ بأمها ، ولم يكنِ العقد عليها كافيًا في بغضها [1] لابنتها إذا عقد عليها لضَعْفِ مَيْلِهَا للزوج بمجرد العقد وعدم مخالطته ، فاشترط في التحريم إضافة الدخولِ إلى العقدِ [2] ، وكان العقد كافيًا في بغض [3] البنت لضعف ودها ، فتحرم بالعقد لئلا تَعُقَّ أمهَّا ، فهذا تلخيص أمر الزوجات .

1896 - وأما الإماء فلما كنَّ مقصودات [4] في الغالب للخدمةِ والهوان ، لا للوطء والاصطفاء بعدت مناسبتهن [5] في شيء ليس هو وصفَهن ، ووقوعهُ نادرٌ فيهن ، والمهانة من جهةِ ذل الرق تمنع من الإباء والأنفة والمنافسة في الحظوظ ، بخلاف الزواج مبني على العز والاصطفاء والإعزاز والتخصيص بالوطء ، والخدمة إنما تقع فيه تبعًا عكس باب الإماء [6] الخدمةُ أصلٌ ، والوطء إنما يقع فيه تبعًا ، فلذلك لم يقع العددُ محصورًا في جوازِ وطءِ الإماءِ لعدم المنافسة والشحناء التي هي موجودة [7] في باب الزواج ، وإن وجدت كانت ضعيفة عن وجودها في باب الزواج ، فهذا هو تلخيص

= أبي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من أنه قال : « لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها » . انظر : بداية المجتهد (58/2) .

(1) في (ص ، ك) : [بغضتها] .

(2) وحكي عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن الزبير ومجاهد أن الأمهات كالبنات الربائب لا يحرمن إلا بالدخول .... واستدلوا في إلحاق الأمهات بالربائب في تحريمهن بالدخول بقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ فذكر جنسين هما الأمهات والربائب ثم عطف عليها باشتراط الدخول في التحريم فاقتضى أن يكون راجعا إلى المذكورين معا ولا يختص بالرجوع إلى أحدهما . انظر : الحاوي الكبير للماوردي (283/11 ، 284) .

وجاء في بداية المجتهد : « ذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار إلى أن الأم تحرم بالعقد على البنت دخل بها أو لم يدخل ، وذهب قوم إلى أن الأم لا تحرم إلا بالدخول على البنت » .... ومبني الخلاف هل الشرط في قوله تعالى ﴿ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ يعود إلى أقرب مذكور ، وهن الربائب فقط أو الربائب والأمهات المذكورات قبل الربائب في قوله تعالى ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ فإنه يحتمل أن يكون قوله تعالى اللاتي دخلتم بهن يعود على الأمهات والبنات ، ويحتمل أن يعود إلى أقرب مذكور وهن البنات . ومن الحجة للجمهور ماروى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ . قال : « أيما رجل نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل فلا تحل له أمها » . انظر : بداية المجتهد (48/2) . بتصرف يسير .

(3) في (ص ، ك) : [بغضه] .

(4) ساقطة من (ط) .

(5) في (ص ، ك) : [منافستهن] .

(6) في (ص ، ك) زيادة [واو] .

(7) في (ك) : [موجود] .

الفرق بين الفرقين [1] ، وبيان السر في ذلك .

1897 - فائدة : قال ابنُ مسعودٍ [2] : يشترط في تحريمِ الأمِ الدخولُ ، كما اشترط في تحريم البنت لقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ [النساء : 23] ثم قال : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ [النساء : 23] فقوله : ﴿ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ صفة تعقبت الجملتين فتعمهما ، كالاستثناءِ والشرطِ إذا تعقبا الجمل عمّا [3] ، والعجب أن مذهب الشافعي [ﷺ] [4] أن الاستثناء والصفة إذا تعقبا جملًا عمتها [5] ، وخالف أصله هاهنا ، ولم يقل به هاهنا ، فقد [6] خالفَ أصلَه .

1898 - وجوابه [أنا نمنع] [7] [العود هاهنا] [8] على الجملتين ، وإن سلمنَا أنه يعودُ في غير هذه الصورة [9] بسبب أن النساءَ في الجملةِ الأولى مخفوضٌ [10] بالإضافةِ ، والنساءَ في الجملة الثانية مخفوضٌ بحرف الجر الذي هو « من » ، والعاملُ في الصفةِ هو العاملُ

---

(1) في (ص ، ك) : [الفريقين] .

(2) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمخ بن فار بن مخزوم بن صاهلة بن كاهل بن الحارث بن تميم بن سعد بن هذيل بن مُدركة بن إلياس بن مُضر بن نزار ، الإمام الحبر ، فقيه الأمة ، أبو عبد الرحمن الهذلي المكي المهاجري البدري حليف بني زُهرة . كان من السابقين الأولين ، ومن النجباء العالمين ، شهد بدرًا ، وهاجر الهجرتين ، كان يوم اليرموك على النفل ، ومناقبه غزيرة ، روى علمًا كثيرًا ، أسلم بعد اثنين وعشرين نفسًا ، وقد روى مسلم أنه لما نزلت ﴿ لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ ﴾ قال رسول الله ﷺ : « أنت منهم » يقصد ابن مسعود ، قيل : كان بعينهِ أثرين أسودين من البكاء ، كان أول من جهر بالقرآن في الحرم . وسبب إسلامه أنه مر عليه النبي ﷺ وهو يرعى الغنم بمكة فأخذ النبي منها شاة حائلًا وحلبها فشرب وسقى أبا بكر فقال له ابن مسعود : علمني من هذا القول ، فمسح رأسه وقال : « إنك عليم معلم » ، ومن كلامه (ﷺ) : لا يسأ كل أحدكم عما نفسه إلا القرآن ، فإن كان يحب القرآن فهو يحب الله ، وإن كان يبغض القرآن فهو يبغض الله ، وقال : الذكر ينبت الإيمان في القلب كما ينبت الماء البقل . توفي سنة (32 هـ) .
انظر : - سير أعلام النبلاء 290/3 .

(3) ساقطة من (ص) و (ك) .

(4) ساقطة من (ص) و (ك) .

(5) يقول الشافعي : إن الشرط والكتابة والاستثناء إذا تعقبت جملا رجع إلى جميعها ، ولم تختص بأقرب المذكورين فيها كما لو قال رجل امرأتي طالق ، وعبدي حر ، والله لا دخلت الدار إن شاء الله ، كان الاستثناء بمشيئة الله تعالى راجعًا إلى الطلاق والعتق واليمين ولم يختص عنده برجوعه إلى اليمين .
انظر : الحاوي الكبير للماوردي (284/11) .

(6) في (ط) : [وقد] .

(7) في (ص ، ك) : [أنه يمنع] .

(8) في (ص) ، (ك) : [هاهنا العود] .

(9) في (ص) ، (ك) : [الصور] .

(10) في (ك) : [محفوظ] .

في الموصوف على الأصحِّ ، فلو كانَ صفةً لجملتين [1] لعملَ في الصفةِ الواحدةِ عاملانِ وهمَا [2] الإضافةُ وحرفُ الجرِّ [3] ، واجتماعُ [4] عاملين على معمولٍ واحدٍ ممتنع علَى الأصحِّ ، كما تقرر في علمِ النحوِ ، فهذَا هوَ المانعُ [5] للشافعي من إجراءِ أصله .

1899 - فإن قلت : نعتُ [6] المجرورين أو المنصوبين أو المرفوعين معَ اختلاف العامل مسألةُ خلافٍ بين البصريين والكوفيين ، ولو اجتمع بصري وكوفي في هذه المسألة يتناظران لم يمكن أن يحتج [7] أحدهما على [8] الآخر بمذهبه ، لأن مذهبَ [9] أحدِ الخصمين لا يكون حجةً على الآخر ، وهذا في بصري وكوفي ، فكيف يحتج بمذهب البصريين أو بأحد المذهبين على عبد اللّه بن مسعود ، وهو قولُه حجةٌ على غيره من جهة أنه عربي من أهلِ اللسان ، فإن قصدَ بهذا الكلام قيامُ [10] الحجةِ على عبد اللّه بن مسعود لا يستقيم ، وإن قصدَ به الاعتذارُ عن مذهب من المذاهب فلا بد من إثبات أن ذلك الإمام كان يعتقد هذا المذهبَ في النحو حتىّ يقالَ : أصله يمنعه [11] من ذلك ، وإذا لم يثبت أن مذهبهَ في النحو كذلك بطل أيضًا الاعتذارُ به عن صاحبِ ذلك المذهب ، ومن أين لنا أن مذهب مالك والشافعي ﷺ كان في النحو أنه [12] لا يجتمع عاملان على معمول واحد ، وأن العامل في الصفة هو العامل في الموصوف ، فلعل مذهبهما أن النعت يرتفع [13] بطريق التبعية للموصوف كما قاله جماعة من النحاة لا بالعامل في المنعوت ، وإنما [14] يصح هذا [15] الكلام على هذه التقادير وهي متعذرة ، قلت : هذا [16] كلام صحيح متجه .

1900 - فإن قلت : أعيد النعت على الجملة الأولى وهو قوله تعالى [17] ﴿ وَأُمَّهَـٰتُ

---

(1) في (ص ، ك) : [الجملتين] .

(2) في (ط) : [وهو] والصواب ما أثبتناه من (ص) ، (ك) .

(3) في (ص) : [الحرف] .

(4) في (ص) ، (ك) : [إجماع] .

(5) في (ك) : [المتابع] .

(6) في (ص ، ك) : [اجعل] .

(7) في (ص ، ك) : [يحج] .

(8) ساقطة من (ص ، ك) .

(9) ساقطة من (ك) .

(10) في (ك) : [فقام] .

(11) في (ص) ، (ك) : [منعه] .

(12) زيادة من (ص) ، (ك) .

(13) في (ك) : [يُرفع] .

(14) في (ص ، ك) : [فإنما] .

(15) زيادة من (ص) ، (ك) .

(16) زيادة من (ص) ، (ك) .

(17) زيادة من (ص) ، (ك) .

نِسَآئِكُمُ ﴾ فيكون الدخول شرطًا في تحريم الأم بهذه الآية ، ويكون الدخول شرطًا في الجملة الثانية بالإجماع ، فإنا لا نعلم خلافًا في شرطية الدخول في تحريم البنت ، فيثبت[1] الحكمان في الجملتين بالإجماع والآية ، ويكون هذا أولى لئلا يترادف الإجماعُ والآيةُ على الجملةِ الأولى ، والأصلُ عدمُ الترادفِ ، ومهما أمكن تكثيرُ فوائدِ كلامِ صاحب الشرع وجعل مدلول لكل دليل فهو أولى من الترادف والتأكيد ، وقد تقرر في أصول الفقه أنه إذا ثبت حكم [المجاز بالإجماع] [2] وورد لفظٌ في ذلك الحكم حمل[3] على حقيقته ، ولا يجعل ذلك اللفظُ مستندَ الإجماع ؛ لأن الأصلَ حملُ اللفظ على حقيقتهِ ، ولا يلزمنا أن نعينّ للإجماع [في اشتراط الدخول] [4] مستندًا ، بل هو مستقلٌّ بنفسه ، ولا يلزمنا طلبُ دليلِ للإجماع [5] وإن كانَ لابدَّ له من مستند في نفس الأمر ، كذلك هاهنا لا يلزمُنا طلبُ مستندِ الإجماعِ في اشتراطِ الدخولِ في تحريمِ البنت ، ويحمل اللفظ على فائدة زائدة تكثيرًا لفوائد صاحب الشرع ، وقد مثلوًا ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء : 22] والنكاحُ حقيقةٌ في الوطءِ مجازٌ في العقدِ ، وقد أجمع الناسُ على أن العقدَ يحرم [6] على الابن ، فنحمل نحن الآية على الوطء ، فعلى هذا إذا وطأهاَ حلالًا أو حرامًا حرمتْ على الابن ، وتحرم بالعقد أيضًا ، ويكون هذا أولى [7] لأن الأصلَ في الكلام الحقيقةُ ، والأصلُ أيضًا عدم الترادفِ علَى مدلولٍ واحدٍ ، فكذلك هاهنا .

1901 - قلت : أما هذَا السؤالُ ، فالجوابُ عنه : أنا في آيةِ الربائبِ لم [8] نحملِ اللفظَ على الجملةِ الأخيرةِ طلبًا لمستندِ الإجماعِ ، بل لأن القربَ يوجبُ الرجحانَ ، فإن اللفظَ صالحٌ للأولى والثانية ، ورجحت الثانيةُ بالقرب ، وبهذا يظهرُ الفرقُ بين هذاَ السؤالِ وبينَ القاعدةِ المذكورةِ في أصولِ الفقهِ المتقدم [9] ذكرُها ، فإن في تلك المسألةِ جاء الإجماع في المجاز المرجوح على خلاف ظاهر اللفظ ، فعدلنا باللفظ إلى [10] ظاهره لأجل معارضة الظاهر الذي هو الحقيقة موضع الإجماع ، وأما هاهنا فموضع الظاهر الذي هو القرب موضع الإجماع ، فلا موجب للعدول باللفظ عن موضوع الإجماع ،

---

(1) في (ك) : [فقلت] .
(2) في (ك) : [الإجماع بالمجاز] .
(3) ساقطة من (ص) .
(4) زيادة من (ك) .
(5) في (ص ، ك) : [الإجماع] .
(6) في (ص) ، (ك) : [محرم] .
(7) في (ص) : [الأولى] .
(8) زيادة من (ص) ، (ك) .
(9) في (ص ، ك) : [المقدم] .
(10) في (ص) ، (ك) : [على] .

بل الموجب يصرف إلى موضع الإجماع فافترقا ، واعلم أن هذا الجواب إنما يستقيم على مذهب أبي حنيفة الذي يرى ترجيح القريب في الجمل وهي [1] الجملة الأخيرة فيخصها [2] بالاستثناء والصفة .

1902 - وأما على رأي مالك والشافعي وأصحابهما ﷺ الذين يرونَّ تعميم الاستثناءِ والصفةِ في جملة [3] الجمل ولا يرجحون بالقرب ، فلا يتأتى هذا الجوابُ ، بل مقتضى مذهبهم الحملُ على الجملتين الأولى و [4] الأخيرة حتى يثبت أنهم لا يرون الجمعَ بين عاملين في النعت مع اتفاق الإعراب ، وأن العاملَ في النعتِ هو العاملُ في المنعوتِ ، فإذا ثبتَ هذا عنهم صح الجوابُ أيضًا على قاعدتهم ، فإنهم [5] حينئذ يتعينُ عليهم الحملُ على إحدى [6] الجملتين لا عليهما [7] ، ولا سبيلَ إلى الحمل على الجملة الأولى ، فإنها هي البعيدة وكل من قال بالعودِ على جملة واحدة لم يقل هِيَ البعيدة ، بل انفراد البعيدة بالحمل على خلافِ الإجماعِ ؛ لأن القائلَ قائلان : قائلٌ بالتعميم في [8] الجملِ ، وقائل بالجملة القريبة وحدها ، أما الحمل على الجملةِ البعيدةِ وَحْدَهاَ فلم يَقُلْ بِهِ أَحدٌ ، فهذا تلخيصُ هذاَ الموضوعِ ، وتحريكُ البحثِ فيه بحسبِ ما فتحَ اللّه تعالى به مِن فضلِهِ [9] .

---

(1) في (ط) : [هي] .
(2) في (ص) ، (ك) : [بعضها] .
(3) ساقطة من (ك) .
(4) ساقطة من (ك) .
(5) ساقطة من (ك) .
(6) في (ص) ، (ك) : [أحد] .
(7) في (ك) : [عليها] .
(8) في (ص ، ك) : [على] .
(9) قال ابن الشاط : قلت : كل ما قاله في ذلك صحيح غير قوله : « إن القاعدة أن الوسائل تتبع المقاصد في الأحكام » فإنه ليس ذلك فيها ، على الإطلاق أعني الوسائل العادية ، أما الوسائل الشرعية فذلك فيها على الإطلاق ، وغير قوله : « إن الوسائل أخفض رتبة من المقاصد » فإنه إما أن يريد أنها أخفض رتبة من حيث هي وسائل وتلك مقاصد ، فهذا كلام ليس معناه إلا أن هذه الوسائل وتلك مقاصد فلا فائدة فيه ، وإما أن يريد أن الوسائل المحرمة مثلًا أخفض رتبة من مقاصدها فيما يرجع إلى العقاب ، فذلك دعوى لم يأت عليها بحجة . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (111/3 ، 112) .

الفرق الخامس والأربعون والمائة

بين قاعدة تحريم المصاهرة في الرتبة الأولى وبين قاعدة لواحقها

1903 - اعلم أنه لما دلتِ النصوصُ على تحريمِ أمهاتِ النساءِ والربائبِ ومنْ معهن [1] في قوله تعالى [2] ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ﴾ [النساء : 23] حمل على العقد في الحرائر ؛ لأن المفهومَ [3] [من نسائكم] [4] من نسائنا [5] في غالب العادة الحرائرُ المنسوبونَ [6] إلينا بمبيح الوطء وهو العقد ، وكذلك في قوله تعالى ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ [المجادلة : 3] وقوله تعالى ﴿ يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ ﴾ [الأحزاب : 32] لا يفهم في جميع ذلك إلا الزوجات الحرائر [7] ، ولا يستلزم ذلك الدخول لقوله تعالى ﴿ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ [النساء : 23] فدل [8] ذلك على أنهن [9] قد يتحققنَ مع عدمِ الدخولِ ، فإذا تقررَ أن المندرجَ في الرتبة الأولى إنما هن [10] الحرائر ألحقَ بهن المملوكاتُ في الرتبةِ الثانيةِ لاستوائهما في مبيح الوطء والفراش بشرطه ، ولحوق الولد بشرطه ، ولأن الأنفات [11] تحصل من وطء الغير ما وطئه الإنسانُ بالملك ويشق عليه أن يطأَ أمتَه غيرُه ، فكان وطؤُها محرمًا كالوطء بالعقد ، وألحق بالإماء والحرائر شبهتيهما في التحريم لأن الوطءَ بالشبهةِ ألحق بالعقد والملك في لحوق الولد ، وسقوط الحد ، وغيرهما ، وأما الزنَى المحض فقد [12] ألحق بالشبهة في الرتبةِ الرابعة على مشهورِ مذهبِ مالكٍ [13] رحمه الله لكونه يوجب نسبة واختصاصًا ، وربما

---

(1) في (ص ، ك) : [معهم] .

(2) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(3) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(4) زيادة من (ص) .

(5) في (ك) : [نساء] .

(6) في (ط) : [المنسوبين] وفي (ك) : [المطلوبين] .

(7) قال ابن الشاط : قلت : لا أعرف ما قاله من أن المفهوم من نسائنا في غالب العادة الحرائر المنسوبون إلينا بمبيح الوطء وهو العقد ، بل لقائل أن يقول : إن المراد بنسائنا جميع المنكوحات بعقد كان نكاحهن أو ملك حرائر كن أو مملوكات ، ولقائل أن يقول : إن المراد بهن المنكوحات بعقد وتدخل فيهن الإماء المتزوجات ، أما قيد كونهن حرائر فلا وجه له عندي . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (115/3) .

(8) في (ص) ، (ك) : [دل] .

(9) في (ك) : [النهي] .

(10) في (ص ، ك) : [هو] .

(11) في (ك) : [الإنفاق] .

(12) في (ط) : [قد] .

(13) ساقطة من (ك) ، (ص) .

أوجب ميلا [1] شديدًا يوجب وقع [2] الشحناء بالمشاركة فيه ، كما يحصل ذلك في المشاركة بالوطء بالنحاح أو الملك .

وبالغ مالك في المدونة : إذا التذ بها حرامًا كان كالوطء [3] ، ووافقه أبو حنيفة وابن حنبل .

وقال مالك في الموطأ : إنه لا يحرم [4] ، وقاله [5] الشافعي ﷺ بسبب أن الزنَى مطلوب العدم والإعدام ، فلو رتب عليه شيء من المقاصد لكان مطلوب الإيجاد فلا يثبت له تحريم في أثر المصاهرة .

1904 - واتفق الأئمةُ الأربعةُ في الملك والعقد والشبهة [6] ، ووافق أبو حنيفةَ في الملامسةِ بلذة والنظر إلى [7] الفرج أنه لا يحرم إلا أن ينزل لعدم إفضائِهِ إلى القصد [8] الذي هو الوطء [9] ، وهو إنما حرمَ تحريمَ الوسائل ، والوسيلةُ إذا لم تفضِ لمقصدها [10] سقط اعتبارها .

1905 - ومنع الشافعي التحريمَ بالملامسة للذة والنظر مطلقًا .

1906 - قال أبو الطاهرُ من أصحابنا : اللمسُ بلذة [11] من البالغ ينشر الحرمة ، ومن [12] غير البالغ قولان ، وبغير لذة لا ينشر مطلقًا ، وفي نظر البالغ للذة قولان ، المشهورُ ينشر الحرمة

---

(1) في (ك) : [مثلًا] . (2) في (ص ، ك) : [دفع] .

(3) قال مالك في المدونة : إذا نظر إلى المرأة تلذذًا لم يصلح له أن يتزوج ابنتها ، وكذلك الخادم إذا نظر إلى ساقيها أو معصميها تلذذًا لم تحل له بنت الخادم أبدًا ولا تحل الخادم لأبيه ولا لابنه أبدًا ، وكان ابن مسعود يقول : إذا قبلها فلا تحل له الابنة أبدًا ، وكان عطاء يقول : إذا جلس بين فخذيها فلا يتزوج ابنتها . انظر : المدونة الكبرى لسحنون 201/2 ، 202 .

(4) انظر : الموطأ 533/2 وما بعدها . (5) في (ك) : [وقال] .

(6) أقوال الأئمة في تحريم المصاهرة بالزنا : - الشافعي : إن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة ، فمن زنا بامرأة لا يحرم عليه الزواج بأمها أو بابنتها ولا تحرم المزني بها على أصول الزاني وفروعه ، أما مذهب الحنفية والحنابلة : إن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة ، وكذلك : المس بشهوة والنظر إلى باطن الفرج ، وألحق الحنابلة اللواط بالزنا ، قال الغزالي : والصحيح أن مجرد الملامسة لا يقوم مقام الوطء في تحريم المصاهرة . انظر : الوسيط 107/5 ، 108 .

(7) في (ص) : [في] . (8) في (ص) : [للقصد] .

(9) قال أبو حنيفة في تعليقه على حديث النبي ﷺ : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » - قال : ولو لم يكن النظر الأول محرمًا للثاني وهو النظر إلى فرج ابنتها لم يلحقه اللعنة ؛ لأن النظر إلى فرج المرأة المنكوحة نكاحًا صحيحًا مباح ، فكيف يستحق اللعن ، فإذا ثبتت الحرمة بالنظر فبالدخول أولى ، وكذلك باللمس ؛ لأن النظر دون اللمس في تعلق الأحكام بهما ، ألا ترى أنه يفسد الصوم بالإنزال عن المس ، ولا يفسد بالإنزال عن النظر إلى الفرج . انظر : بدائع الصنائع 388/2 .

(10) في (ط) : [لمقصده] . (11) في (ص) : [للذة] .

(12) في (ص) : [وفي] .

لأنه أحد الحواس ، والشاذّ لا ينشر ؛ لأن النظرَ إلى الوجه لا يحرمُ اتفاقًا ، وإنما الخلاف في باطنِ الجسدِ واكتفى في تحريمِ زوجاتِ الآباءِ والأبناءِ بالعقد ؛ لأن أنفات الرجال وحمايتهم تنهض [1] بالغضبِ والبغضاء بمجرد نسبة المرأة إليهم بذلك ، فيختل نظام ود الآباء للأبناء ، وود الأبناء للآباء ، وهو سياجٌ عظيم عند الشرع ، حتى جعل خرقهُ من الكبائر ، حتى [2] قال عليه الصلاة والسلام [3] : « من أكبر الكبائر أن يسبَّ الرجل أباه ، قالوا أو يسبُّ الرجل أباه يا رسول اللّه ؟ قال : يسب الرجل أبا الرجل فيسب الرجل أباه [4] » فجعل التسبب لسب الأب بسب الأجنبي من [5] أكبر الكبائر ، فكيف لو سبه مباشرة ؟!

1907 - قال اللخمي : تحرمُ امرأةُ الجد [للأب والجد للأم] [6] لاندراجهما في لفظ الآباء ، كما تندرجُ جداتُ امرأته وجداتُ أمها من قبلِ أمها وأبيها في قوله تعالى ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ [النساء : 23] وبنت بنت الزوجة وبنت ابنها وكل من ينسب إليها بالبنوة وإن سفل في قوله تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ﴾ .

1908 - تنبيه : اعلمْ أن هذه الاندراجاتِ ليست بمقتضى الوضع اللغوي ، ولذلك صرح الكتابُ العزيزُ بالثلثِ للأم [7] ولم يعطِهِ الصحابة رضوان [8] اللّه عليهم للجدَّةِ ، بل حرموها حتى رويَ لهم الحديثُ في السدس ، وصرح بالنصف للبنت ، وللابنتين بالثلثين على السوية ، وورثت بنت الابن مع البنت السدس بالسنة لا بالكتاب ، وابن الابن كالابن في الحجب ، والجد ليس كالأب في الحجب ، والأخوة يحجبونَ الأم ، وبنوهم لا يحجبونها ، فتعلم من ذلك أن الأب حقيقةٌ في الأب القريب مجاز في آبائه ، ولفظ الابن حقيقة في القريب مجاز في أبنائه ، فإن دل إجماع على اعتبار المجاز وإلا ألغي حتى يدل دليل عليه [9] ، وينبغي أن يعتقد أن هذه الاندراجات في تحريم المصاهرة بالإجماع

---

(1) في (ص) : [تذهب] .
(2) ساقطة من (ط) .
(3) في (ص) ، : [ﷺ] .
(4) أخرجه البخاري (أدب) (4) ، أبو داود (أدب) (120) ، الترمذي (بر) (4) ، أحمد 216/2 .
(5) زيادة من (ص) .
(6) في (ص) : [الجد لأم والجد للأب] .
(7) في (ط) : [لأم] .
(8) في (ص) : [رضي] .
(9) قال ابن الشاط : قلت : لا أعرف صحة ما قاله في أن الحقيقة في لفظ الأب وشبهه أن المراد به المباشر وأنه يغني أريد به غير المباشر فهو مجاز ولعل الأمر في ذلك بالعكس وأن الحقيقة في لفظ الأب كل ما له من ولادة والمجاز المباشر ولكن غلب هذا المجاز حتى صار عرفا فكان ذلك السبب في اقتصار الصحابة فيما اقتصروا به من الأحكام على المباشر واللّه أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (117/3) .

لا بالنص [1] ، وأن الاستدلال بنفس اللفظ متعذر [2] ، وأن الفقيه الذي يعتقد ذلك ويستدل باللفظ غالط ؛ لأن الأصل عدم المجاز ، والاقتصار على الحقيقة .

1909 - سؤال : المشهورُ من مذاهبِ العلماء في تحليل الزوجة بعد الطلاق الثلاث اشتراط الوطء الحلال ، وحمل آية التحليل عليه ؛ لأن القاعدة أن كل متكلم له عرف ، فإن لفظه عند الإطلاق يُحملُ على عرفه ، فحمل النكاح في الآية على النكاح الشرعي الذي يتناوله اللفظ حقيقةً لا [3] مجازًا لأجل العرف ، وخولفت هذه القاعدة في قوله تعالى في أمهات الربائب اللاتي [4] دخلتم بهن ، فاعتبر مالك مطلقَ الوطء كان حلالًا أو حراما ، وهو خلاف القاعدة في حمل الدخول على العرف الشرعي ، وهو الدخول المباح [5] .

1910 - و [6] جوابه أنه احتاط [7] في الصورتين فخولفت القاعدة لمعارض الاحتياط [8] .

---

(1) قال البقوري : لا يصح أن تكون هذه الأحكام دليلًا على ما قاله من أن الوضع يفيد كذا ، فإن اختلاف الأحكام لا يستفاد منه الوضع اللغوي لا نفيًا ولا إثباتًا . انظر : ترتيب الفروق واختصارها (31/2) .

(2) قال ابن الشاط : قلت : ما قال في ذلك يوافق عليه ، لكن لا لأن الحقيقة في المباشر ، بل لأن المجاز الصائر عرفًا فيه . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (118/3) .

(3) في (ص) : [أو] .

(4) ساقطة من (ص) .

(5) في (ط) : [للمباح] .

(6) ساقطة من (ص) .

(7) في (ط) : [احتياط] .

(8) قال ابن الشاط : قلت : يحتاج ما قاله إلى نظر . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (118/3) .

الفرق السادس والأربعون والمائة

بين [1] قاعدة ما يحرم بالنسب وبين قاعدة مالا يحرم بالنسب

1911 - اعلم [2] أن الإنسانَ تحرمُ عليه بالنسبِ أصولهُ وفصوله وفصولُ أولِ أصولهِ ، وأولُ فصلٍ من كل أصل وإن علا [3] ، فالأصول : الآباء والأمهات وإن علوا ، والفصولُ : الأبناءُ وأبناءُ الأبناء وإن سفلوا ، وفصول الأول [4] ، أول الأصول : الأخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا احترازًا من فصول ثاني الأصول وثالثها وإن علا ذلك ، فإنهم أولادُ الأعمام والعماتِ والأخوالِ والخالاتِ ، وهن مباحاتٌ لقولِهِ [5] تعالى لنبيه [ﷺ] [6] ﴿ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّٰتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَٰلَٰتِكَ ﴾ [الأحزاب آية : 50] . وأولُ فصلٍ من كل أصل يندرجُ فيه أولادُ الأجدادِ والجداتِ وهمُ الأعمامُ والعماتُ والأخوالُ والخالاتُ .

1912 - وقولنا : أول فصل احترازًا [7] من ثاني فصل من غير [8] أول الأصول ، فإن ثاني فصل [9] أولاد الأعمام والعمات وأولاد الخال والخالات ، فإنهن مباحاتٌ [10] ، فلذلك أطلق في الضابط في الآباء والأمهات و [11] الفصول مطلقًا ؛ ليندرجوا هم وأولادهم ، وقيل في غير أول فصول أول فصل [12] من كل أصل لهذا المعنى ، فانضبطَ المحرمُ على

---

(1) ساقطة من (ك) .

(2) ساقطة من (ص) و (ك) .

(3) اتفقوا على أن النساء اللاتي يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن وهن الأمهات ، والبنات ، والأخوات ، والعمات ، والخالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت ، واتفقوا على أن الأم هاهنا اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم ، أو من جهة الأب ، والبنت اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة ، وأما الأخت فهي اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك أو مجموعيهما أي الأب أو الأم أو كليهما ، والعمة اسم لكل أنثى هي أخت لأبيك ، أو لكل ذكر له عليك ولادة ، وأما الخالة فهي اسم لأخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة ، وبنات الأخ اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة ، وبنات الأخت اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها ، فهؤلاء الأعيان السبع محرمات والأصل فيها قوله تعالى : حرمت عليكم إلى آخر الآية انظر : بداية المجتهد (45/2) . بتصرف يسير .

(4) ساقطة من (ص) .

(5) في (ص) : [بقوله] .

(6) في (ص) : [عليه السلام] .

(7) في (ص) : احتراز] .

(8) زيادة من (ص) .

(9) ساقطة من (ص) .

(10) ساقطة من (ك) .

(11) في (ك) : [الفصل] .

(12) ساقطة من (ص) .

الرجال والنساءِ لهذا [1] الضابطِ ، ودليلهُ قوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ ﴾ [النساء : 23] .

وأجمعت [2] الأمة على أن المراد بهذا اللفظ القريبُ والبعيدُ من كل نوع ، واللفظُ صالحٌ له لقوله تعالى : ﴿ يَٰبَنِىٓ ءَادَمَ ﴾ [الأعراف] ﴿ يَٰبَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ ﴾ [البقرة] ﴿ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ ﴾ [الحج : 78] ثم قال ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ ﴾ [النساء : 23] احترازًا [3] من زوجات أبناء التبنيِّ دونَ الرضاع ، ثمَّ قالَ ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [النساء : 23] وقال قبل ذلك : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [النساء : 22] يريد في الجاهلية ، فإنه معفو عنه وحرَّمَ ﷺ من الرضاع ما يحرم من النسب [4] .

1913 - تنبيه : قال اللخمي : كلُّ أم حرمت بالنسبِ حرمتْ أختُها ، وكلُّ أختٍ حرمتْ لا تحرمُ أختُها إذا لم تكن خالةً ، فقد يتزوجُ الرجلُ المرأةَ ولكل واحد منهما ولد ، فالولد منهما تحلُّ له ابنةُ المرأةِ من غيرِ أبيهِ ، وكل عمة حرمت قد لا تحرم أختها ؛ لأنها قد لا تكون أختَ أبيهِ ولا أختَ جده .

1914 - فائدة : قولُ العلماءِ : الآباءُ وإن علوْا والأبناءُ وإن سفلوا ، مع أنه لو عكسَ لاستقام ، فإن الأبناءَ فروعٌ ، والفرعُ [5] شأنُه أن يكونَ أعلىَ من أصلِه ، وفرعُ الفرعِ أعلى من الفرعِ في الشجرةِ ، والأصلُ أسفلُ ، وأصلُ الأصلِ أسفلُ من الأصلِ ، وهذاَ يناسبُ عكسَ ما قالوه ، فما مستند قولهم ؟ .

1915 - والجواب : أن قولَهُم إشارة إلى أن مبدأ الإنسان من نطفةِ أبيه ، والنطفةُ تنزلُ من الأب ، والنازل من الشيء يكون أسفل منه ، وابن الابن ينزل من الابن ومقتضى هذا أن تقول : الأبناء وإن سفلوا ، [والآباء وإن] [6] علوا ، واللفظان مجازان إشارة لهذا المعنى

---

(1) في (ص ، ك) : [بهذا] .
(2) في (ص ، ك) : [واتفقت] .
(3) في (ص) ، (ك) : [احتراز] .
(4) أخرجه : البخاري (شهادات) (7) ، النكاح (17) ، مسلم (رضاع) (1) ، أبو داود (نكاح) (6) ، ابن ماجه (نكاح) (34) ، الدارمي (نكاح) (48) ، الموطأ (رضاع) (1) ، أحمد 1/ 275
(5) في (ك) : [الفروع] .
(6) ساقطة من (ك) .

من التخيل لا [1] لما ذكره السائل ، وقد يلاحظ في اللفظ علاقة و [2] هي ضد علاقة أخرى ، ذلك لاختيارِ المتكلمِ المتجوزِ ، وهذه العبارةُ اصطلاحٌ ولهم [3] في اصطلاحهم ذلك .

(1) ساقطة من (ك) .
(2) زيادة من (ص) ، (ك) .
(3) في (ص ، ك) : [فلهم] .

الفرق السابع والأربعون والمائة

بين قاعدة الحصانة لا تعود بالعدالة

وبين قاعدة الفسوق يعود بالجناية

1916 - اعلم أن الإنسانَ إذا حكمَ له بالفسوقِ ، ثم تابَ وأنابَ ذهبَ القضاءُ عليه بالفسوقِ ، فإذا جنى بعد ذلك كبيرةً عاد الفسوقُ له ، وإذا كان محصنًا بعدمِ مباشرةِ الزِّنَا ثم زَنَا ذهبَ الإحصانُ الذي هوَ شرطٌ في حدِّ القذفِ ، فمنْ قذفَ منْ ليس بمحصنٍ فلا حدَّ عليه ، فإذا صارَ بعد الزِّنَا عدلًا لم تعدِ الحصانةُ بالعدالةِ ، وفي القاعدتين قدْ ورد الضدُّ بعد الضدِ المنافِي لحكمِه ظاهرًا .

1917 - قال أصحابُنا : إذا قذفهُ بعد أن صارَ عدلًا لم يحدَّ ، نقله صاحبُ الجواهرِ وصاحبُ النوادرِ وجماعةٌ من الأصحابِ .

1918 - وفي الجواهر : لو لاعن المرأةَ وأبانَها ثم قذفهَا بتلك الزنيَّة لم يحدَّ ، ولم يلاعن ؛ لاستيفاء موجبِ اللعانِ قبل ذلك .

1919 - وقال ربيعة [(1)] : يُحدُّ وإن قذفها بزنيةٍ أخرَى ، فإن كانت لم تلاعن وحدثْ لم يجبِ الحدُّ لسقوطِ حصانتها بتلك الزنيةِ بموجب لعانه ، وإن لاعنت وجبَ الحدُّ ، وإن قذفها أجنبي فأولَى [(2)] بالحد لأن أثرَ لعاَن الزوجِ لا يتعدَّى لغيره .

1920 - ووقعَ في كتابِ القذف أيضًا إذا [(3)] قذف منْ ثبت عليه الزِنَا وحسنت حالته بعد ذلك لا يحد ؛ لأن الحصانة لا تعودُ بالعدالةِ ، فمنْ [ثبتَ فسقه] [(4)] بالزِّنَا ذهبتْ حصانتُه ، وهذاَ مقامٌ تزلزلت فيه الفِكَرُ ، واضطربت فيه [(5)] العبرُ ، وكيف يصيرُ

---

(1) هو ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ ، مفتي المدينة في وقته أبو عبد الرحمن القرشي التيمي ، مولاهم المشهور « بربيعة الرأي » . روى عن : أنس بن مالك ، والسائب بن يزيد ، وسعيد بن المسيب ، والحارث بن بلال وغيرهم . وعنه : يحيى بن سعد ، والأوزاعي ، وشعبة وخلق سواهم . قال أبو بكر الخطيب : كان ربيعة فقيهًا ، عالمًا ، حافظًا للفقه والحديث .

قال ابن سعد : توفي سنة 36 هـ .

ترجمته في : تذكرة الحفاظ (157/1) ، تهذيب الكمال (163/6) ، سير أعلان النبلاء (319/6) .

(2) في (ك) : [وأولى] .

(3) في (ص) ، (ك) : [أيضا إذا] .

(4) في (ص) : [ثبتت جنايته] وفي (ك) : [ثبت جنايته] .

(5) ساقطة من (ص) و (ك) .

المقذوفُ من أهل الولايةِ والعدالةِ وجانبه مهتضمٌ ، وعرضهُ مطرحٌ ؟ والزنيةُ الثانيةُ التي رماهُ بهَا أو رمَى المرأةَ بها لم يقمْ عليها مصدق للرامي [1] ، وأي فرقٍ بين هذهِ الأذية هاهنا وبين أذية منْ [2] لم يتقدم له زِنًا ، وهما مؤلمانَ مؤذيان للمرمي [3] أذية ظاهرها [4] الكذب ، أما إذا رماها بالزنية [5] الأولىَ فهوَ صادقٌ ، فلا يلحق محلُّ الإجماعِ في [الحد لقصوره عنه ، بل التعزير] [6] لمطلقِ [7] الأذية ، بل القياسُ الجلي أن العرضَ إذا صارَ [8] مثلُوما بمعاودةِ الجناية أن يصيرَ معصوما [9] بمعاودةِ العدالةِ والولايةِ .

1921 - والجواب : وهو الفرقُ بين القاعدتينِ أن البحثَ هاهنا يظهرُ بقاعدتين .

1922 - القاعدة الأولى : أن اللّه تعالى إذا نصب سببًا لحكمة اختلف العلماءُ ، هل يجوزُ ترتيبُ الحكم على تلك الحكمةِ حيثُ وجدت لأنها أصلٌ في اعتبارِ ذلك السبب أو لا يجوزَ ؛ لأن اللّهَ تعالى لم ينصبها سببًا لذلك الحكم ، بل سبب سببه ؟ وقد لا يصلح [10] سببُ الحكمُ سببًا للحكمِ لعدمِ المناسبةِ ، ألا ترىَ أن خوفَ الزنَا سببُ وجوبِ الزواجِ [11] ، والزواجُ سببُ وجوبِ النفقةِ ، ولا يناسبُ أن يكونَ خوفُ الزنا سببَ وجوبِ النفقةِ ، ونظائرُه كثيرةٌ [12] ، وهذا هوَ الصحيحُ عندَ العلماءِ ، كما نصبَ اللّه تعالى السرقَة سببًا للقطع [13] لحكمةِ حفظِ المالِ ، ومنَ أخذَ مالًا بغيرِ السرقةِ لا يجوزُ قطعه ، ونصب الزِّنَا سببًا للرجم [14] لحكمةِ حفظِ الأنسابِ لئلا تلتبس ، فمن سعَى في التباسِ الأنسابِ بغيرِ الزنا بأن يجمعَ الصبيان ويغيبهم صغارًا ويأتيَ بهم كبارًا فلا يعرفهم آباؤهم لا يجوزُ رجمهُ لذلك ، وكذلك شرعَ الرضاعَ سببًا للتحريم [15] بسبب أن جزءَ المرضعةِ وهو اللبنُ صارَ جزءَ الرضيعِ باغتذائه به ، وصيرورته من أعضائه ، فأشبه ذلك

---

(1) في (ط) : [المرامي] والصواب ما أثبتناه .

(2) ساقطة من (ك) .

(3) في (ص) ، (ك) : [للمرء] .

(4) في (ك) : [ظاهره] .

(5) في (ك) : [الفرية] .

(6) بياض في (ك) .

(7) في (ك) : [كمطلق] .

(8) في (ص) ، (ك) : [عاد] .

(9) في (ك) : [معطوفًا] .

(10) في (ط) : [يصح] .

(11) في (ك) : [للزواج] .

(12) ساقطة من (ص) و (ك) .

(13) لقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ سورة المائدة آية (38) .

(14) هذا الحكم خاص بالزاني غير المحصن أما المحصن فحده الرجم .

(15) اتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب أي أن المرضعة تنزل منزلة الأم ، فتحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب . انظر : بداية المجتهد (49/2) .

مَنِيِّهَا ولحمتها (1) في النسبِ ؛ لأنهما جزءُ الجنينِ ، ولذلك قالَ ﷺ « الرضاعُ لحمة كلحمةِ النسب » فإذا أخذنا نعلل بهذه الحكمة لزمنَا أن منْ شرب دم امرأةٍ أو أكلَ (2) قطعةً من لحمِها يحرُم عليهَا وتحرمُ عليه ، وليسَ كذلك ، ولأجل ملاحظةِ التعليلِ بالحكمةِ إذا استهلك اللبن وعدمَ ما يسمَّى رضاعًا ولبنًا وتناوله الصبيَ ، فمن عللَ بالحكمة أوقعَ به الحرمةَ ، قاله مطرف (3) من أصحابنا .

1923 - وقال مالكٌ في المدونة : لا تقع به الحرمة إعراضًا عن التعليل بالحكمة (4) ، وقاله الشافعيُّ .

1924 - وقالَ أبو حنيفةَ - ﷺ (5) أجمعين - اللبنُ المغلوبُ بالماءِ والمختلطُ بالطعام وإن كان اللبن غالبًا لا يحرم (6) ؛ لأن الطعامَ أصلٌ ، واللبنُ تابعٌ ، والدواءُ كالماءِ عندهَ ، وهاهنا في باب القذف شرع سببًا للجلد لحكمةِ حفظِ الأعراضِ وصونِ القلوبِ عن الأذايات ، لكن اشترط فيه الإحصانُ ، ومنْ جملةِ عدمِ مباشرةِ الزِّنَا ، فمن باشرَ فقد انتفى في حقه عدمُ المباشرةِ ، فإن النقيضين لا يصدقَّان ، والعدالةُ بعد ذلك لا ينافي كونه مباشرًا ، فإن لاحظنا الحكمةَ دون السبب حسنَ إعادةُ الحدِ ، وإن اقتصرنا على السبب لا يجبُ الحدُّ ، ويؤكد ذلك أن الحدودَ يغلبُ عليها التعبدُ من جهة مقاديرها ، وإن كانت معقولةَ المعنى من جهة أصولِها ، والتعبد لا يجوز التصرف فيه ، فظهر أنه لا يلزم من الاستواء في الأذية الاستواء في الحد ، بل يعزر إن آذاه بالقذف على قاعدة

______

(1) في (ص ، ك) : [طمثها] . (2) في (ط) : [أوكل] .

(3) هو أبو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي المدني ، روى عن جماعة منهم مالك وبه تفقه ، وعنه أبو زرعة ، وأبو حاتم ، والبخاري ، وخرج له في الصحيح . قال الإمام ابن حنبل : كانوا يقدمونه على أصحاب مالك ، توفي سنة 220 هـ ، وسنة 83 . شجرة النور الزكية (57) .

(4) جاء في المدونة ، أرأيت الرجل يملك الأختين من الرضاعة أيصلح له أن يطأها في قول مالك . قال مالك : إذا وطأ إحداهما فليمسك عن الأخرى وحتى يحرم عليه فرج التي وطئ ثم إن شاء أمسك عنها (قلت) والرضاع في هذا أو النسب في قول مالك سواء . قال : نعم (انظر : المدونة 204/2) .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) قال الكاساني في بدائع الصنائع : لو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه : إما أن يختلط بالطعام أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى ، فإن اختلط بالطعام فإن مسته النار حتى نضج لم يحرم لأنه تغير عن طبعه بالطبخ ، فإن كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة لأن الطعام إذا غلب سالبه قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذي ، وإن كان اللبن غالبًا للطعام لا يثبت به الحرمة في قول أبي حنيفة وعند صاحبيه يثبت ، أما إذا اختلط بالماء ، يعتبر فيه الغالب أيضًا عند أبي حنيفة على عكس الشافعي . انظر : بدائع الصنائع 13/4 .

السب والشتم ، فلا تضيع المصلحة ولا تستباح الأعراضُ ، وتنعصم بالتعزيرِ ، وقد يزيد التعزير على الحد على أصل مالك ﷺ ، فلا يستنكرُ إسقاطُ الحدِ في هذه الصورة .

1925 - القاعدة الثانية : قاعدةُ حملِ المطلقِ على المقيدِ ، وذلك أن الله تعالى قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ [النور : 3] وقال في الآية الأخرى ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْغَٰفِلَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ لُعِنُوا۟ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ ﴾ [النور : 23] فالآيةُ الأولى مطلقةٌ ، وهذه مقيدةٌ بوصفِ الغفلةِ ، فتحمل المطلقةُ على المقيدةِ على القاعدة في أصولِ الفقهِ ، والمباشر للزِّنَا ليس بغافلٍ عنه ، فلا يحدُّ قاذفُه لأنه لوحدّ لحصلَ معنى اللعنِ (1) في الدنيا والآخرةِ ، وهو منفي بهذه الآية من جهة مفهومها الذي هو مفهوم الصفة لأن مفهومها أن من ليس بغافل لا (2) يحد قاذفه ، ولا (3) يلعن في الدنيا والآخرة (4) ، وهو المطلوبُ ، وقد اتفقنا على أنه يلعن بالتعزيرِ والعقوبةِ المؤلمةِ على حسبِ حالِ المقذوفِ ، فيبقى ما (5) عداهُ على مقتضى الدليلِ ، أما عودُ الفسوقِ بعودِ الجنايةِ فلأنَّ الأمة مجمعةٌ على أن سببَ الفسوقِ هو ملابسةُ الكبيرةِ (6) أو الإصرارُ على الصغيرةِ من حيثُ هوَ هذا المعنى من غير قيد ولا شرط ، وهو معقولُ المعنى بحيث (7) وجدَ (8) وجبَ القضاءُ بفسقِ ملابسهِ من غير استثناءِ صورةٍ عن صورةٍ عملًا بطردِ العلة ، ووجودِ الموجب ، فهذاَ هوَ الفرقُ بين القاعدتين .

---

(1) في (ص ، ك) : [البعد] .
(2) في (ك) : [فلا] .
(3) في (ص) ، (ك) : [أو لا] .
(4) ساقطة من (ص ، ك) .
(5) في (ص) ، (ك) : [فيما] .
(6) في (ص) و (ك) : [المرأة] .
(7) في (ص) ، (ك) : [فحيث] .
(8) زيادة من (ص) ، (ك) .

الفرق الثامن والأربعون والمائة

بين قاعدة ما يلحق فيه الولد بالوطء
وبين قاعدة مالا يلحق فيه

1926 - اعلم أن العلماءَ قد أطلقوا القولَ [1] [بأن الولد] [2] لا يلحقُ بالوطءِ [3] إلا لستة أشهرٍ فصاعدًا [4] ، وهذا الكلامُ ليس على إطلاقهِ ، وإنما مرادهُم إذا كان الولد قد ولدَ تامًّا ، فإنه لا يتم بعد الوطء إلا في هذه المدة أو أكثر منها ، أما أقلّ فلا [5] ، وعلى هذا إذا لم تلدّه تامًّا نظرت نسبةُ تلك المدة لذلك التخلقِ ، فإن [6] كانت المدةُ تصلحُ له ألحقته بالواطئِ [7] ، وإن كانت لا تصلح له لم [يلحقِ ، فقد يلحق] [8] به لثلاثةِ أشهر إذا كانت ثلاثةُ أشهرٍ تصلحُ لذلك التخلقِ ، وعلى هذا المنهاجِ يكون إلحاقُ الولدِ بنسبةً المدةِ إلى صورةِ التخلقِ ، فقولهم حينئذ : إن الولدَ لا يلحق دون ستة أشهر ليسَ على ظاهِره ، بل مرادُهم : إذا كانَ كاملَ الخلقِ ، فإنه لا يكملُ خلقةُ في أقل من هذه المدة [9] ، وسببه ما ذكره ابن جُميع [10] وغيرُه في التحدثِ على الأجنة أن الجنين يتحرك

---

(1) ساقطة من (ك) . (2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3) في (ط) ، (ك) : [الواطئ] .

(4) لعل من الفائدة أن نثبت هنا ما ذكره القرافي في الجزء الرابع أثناء حديثه عن الفرق بين قاعدة ما اعتبر من الغالب ، وقاعدة ما ألغي من الغالب قال : إذا تزوجت فجاءت بولد لستة أشهر جاز أن يكون من وطء قبل العقد ، وهو الغالب ، أو من وطء بعده وهو النادر فإن غالب الأجنة لا توضع إلا لتسعة أشهر وإنما يوضع في الستة سقطا في الغالب ، وقد ألغى الشارع حكم الغالب وأثبت حكم النادر ، وجعله من الوطء بعد العقد لطفا بالعباد لحصول الستر عليهم ، وصون أعراضهم .

انظر : الفروق للقرافي (104/4) طبعة عالم الكتب بيروت .

(5) اتفق العلماء على أن الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر إما من وقت العقد وإما من وقت الدخول . انظر : بداية المجتهد (526/2) . (6) في (ط) : [إن] .

(7) في (ط) : [بالوطء] والصواب ما أثبتناه من (ص) ، (ك) .

(8) في (ط) ، (ك) : [تلحقه فقد تلحقه] .

(9) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في ذلك من أن كلام العلماء ليس على إطلاقه ليس عندي بصحيح ، بل كلامهم على إطلاقه في ذلك؛ لأن ذلك هو مقتضى الآية في قوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾

انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (122/3) .

(10) هو الشيخ العالم الصالح ، المسندُ المحدّث الرحّال أبو الحسين محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الرحمن بن يحيى بن جُميع ، الغساني الصيداوي ، صاحب المعجم ، كان كثير السفر والترحال ولذلك سمع كثيرًا =

لمثل ما يخلقُ [1] فيه ، [ويوضع لمثلي ما تحرك فيه] [2] قالوا : وتخلقه في العادة تارةً يكونُ لشهرٍ ، وتارةً [3] يكون لشهرٍ وخمسةِ أيامٍ ، وتارةَ يكونُ [4] لشهرٍ ونصفٍ ، فإذا تخلّقَ في شهرٍ بمعنى تصورتْ أعضاؤُه تحرك في مثل ذلك ، فيتحرك في شهرين ، ويوضع لمثلي ما تحرك فيه ، ومثلًا الشهرين : أربعةُ أشهر [5] ، وأربعةٌ مع شهرين ستةٌ ، فيوضع لستةِ أشهر ، وإن تخلقَ لشهرٍ وخمسةِ أيامٍ تحرك في مثل ذلك ، وهو شهران وعشرةُ أيام ، ومثلا ذلك أربعةُ أشهرٍ وعشرونَ يومًا ، فإذا أضيف ذلك لمدةِ التحركِ كان سبعةَ أشهر ، فيوضع الولدُ لسبعةِ أشهرٍ ، وإن تخلقَ لشهر ونصفٍ تحرك في ثلاثة أشهر ، ووضِعَ لتسعةِ أشهرٍ على التقديرِ المتقدم ، فلذلك لا يحصلُ الوضعُ الطبيعيِ ، إلا لستة أشهر [6] أو سبعة أو تسعة ، قالوا : ولهذا السببِ يعيشُ الولد [7] الذي يوضَعُ لسبعة ، ولا يعيش الذي يوضعُ لثمانيةٍ ، وإن كان أقربَ للقوة ، ولمدة التسعة ؛ بسبب أن الذي يوضعُ لسبعةُ وضعَ من غير آفةٍ سليمًا على قاعدة الولادة ، والذي وضعَ لثمانية يكون به آفة من مرض أو غيره قد عجله [8] عن التسعة آفة [9] أو أخرته عن السبعة آفة [10] ، والذي به آفة لا يعيشُ ، فالمولودُ لثمانيةٍ لا يعيشُ ، فهذا هو السرُّ في ذلك ، وهذا هو المهيعُ العامُّ والعادةُ الغالبةُ .

1927 - قالوا : وقد يحصلُ عارضٌ من جهةِ المني في مزاجه وبرده أو يبسه ، أو من الرحمِ في بردِه أو هيئة فيه تمنع من جريان هذه العادة [11] ، فيقعدُ الولدَ إلى اثني عشرَ شهرًا .

1928 - وقال الفقهاء والمؤرخونُ [12] : هذه الأسبابُ العارضةُ قد تؤخر الولد إلى سنتين فأكثر ، وهو قولُ الحنفية ، أو إلى أربعِ سنينَ ، وهو مشهورُ قولِ [13] الشافعية ، أو إلى خمسِ سنين وهو مشهورُ المالكيةِ ، ووقع في مذهب الشافعي ومالك ﷺ [14] إلى سبعة .

= من المشايخ في معظم البلدان ، مولده في سنة (305 هـ) وقيل : (306 هـ) ، حدّث عنه : عبد الغني بن سعيد الحافظ وتمام الرازي ، وأبو علي الأهوازي ، وكان شيخًا ، صالحًا ، ثقة ، مأمونًا ، توفي في رجب سنة (402 هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء 88/13 وما بعدها ، شذرات الذهب 164/3 .

(1) في (ص) ، (ك) : [يتخلق] .
(2) ساقطة من (ك) .
(3) في (ك) : [بأن] .
(4) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(5) ساقطة من (ص ، ك) .
(6) ساقطة من (ص) .
(7) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(8) في (ص) ، (ك) : [عجلته] .
(9) في (ص) ، (ك) : [لآفة] .
(10) في (ص) ، (ك) : [لآفة] .
(11) في (ط) : [القاعدة] .
(12) في (ط) : [المؤخرون] .
(13) ساقطة من : [ص ، ك] .
(14) في (ك ، ص) : [عنهم أجمعين] .

1929 - قال صاحب الاستقصاء : ولدتِ امرأةٌ بواسط لسبع سنينَ ولدًا له وفرةٌ من الشعر ، فجاء عند الولادة بجنبه طائرٌ فقال له كش .

1930 - وقال مالك : إن امرأةَ العجلاني دائمًا لا تضعُ إلا لخمسِ سنين ، وهذا من العوارضِ النادرةِ الغريبة في [هذه المحالِّ] [1] ، والغالبُ هو الأولُ ، فقد ظهرَ السرُّ والفرقُ بين ما يلحق الولد فيه وبين ما لا يلحق الولد [2] فيه .

1931 - تنبيه فعلىَ هذا يكونُ قولهُ ﷺ : « يجمع خلق أحدكم في بطن أمه أربعين يومًا ، وأربعين صباحًا نطفة ، ثم أربعين علقة ، ثم أربعين مضغةً ، ثم ينفَخ فيه الروح » [3] إشارةٌ إلى الأطوارِ الثلاثةِ تقريبًا ، فإن الأربعين تقرب من الثلاثين والخمسة والثلاثين والخمسة والأربعين ، وهي بين هذه الأطوارِ متوسطةٌ تكاد تشتملُ على الجميع بتوسطِها ، فهذا هو معنى الحديثِ ، لا أنه [4] على ظاهرِه في جميعِ الأجنةِ ، ولو كان على ظاهرِه لكانت الحركةُ في أربعةِ أشهرٍ ، ويكونُ الوضعُ في اثني عشرَ شهرًا ، وهي [5] صورةٌ واقعةٌ صحيحةٌ ، غير أنها نادرة ، فلك أن تقولَ : إن قوله ﷺ : « يجمع خلق أحدكم » صيغةٌ مطلقةٌ لا عمومَ فيها ، فيتأدى بصورة ، وقد وقعت في صورٍ [6] كثيرةٍ وحصلَ الوضعُ في اثني عشرَ شهرًا فحصلَ مقتضى الحديث وصدق الخبر ، فلا حاجةَ إلى العدول به عن ظاهره .

1932 - ولك [7] أن تقولَ : إن حملَ اللفظِ على [8] النادر خلافُ الظاهرِ ، فيحمل على الغالبِ ، ويكونُ ذلك إشارةً إلى التوسطِ بين الأطوارِ كمَا تقدمَ ، وحملنا [9] على ذلك أن المباشرَ لصورِ التخليقِ والتحريكِ [10] والوضعِ المتقدمِ تقديرُه [11] مُشَرِّحون كانوا يُشَرِّحون الحبالَى ، ويشقون أجوافهم ، فيمن [12] وجب عليه [13] القتلُ ، ويطلعون على

---

(1) في (ك) : [هذا المجال] .
(2) زيادة من (ص) ، (ك) .
(3) أخرجه : البخاري (بدء الخلق) (2969) ، مسلم (القدر) (4781) ، أبو داود (السنة) (4085) ، ابن ماجة (المقدمة) (73) .
(4) في (ط) : [إلا أنه] وفي (ص) ، (ك) : [لأنه] والصواب ما أثبتناه .
(5) في (ص) ، (ك) : [هو] .
(6) في (ك) : [صورة] .
(7) في (ص) ، (ك) : [فلك] .
(8) ساقطة من (ك) .
(9) في (ص ، ك) : [علينا] .
(10) في (ط) : [التحرك] .
(11) في (ص) ، (ك) : [تقريره] .
(12) في (ك) : [فمن] .
(13) ساقطة من (ك) .

ذلك حِسًّا وعيانًا ، والحس يؤول لأجله ظاهرُ الحديث [1].[2] .

1933 - فإن قلت : هم قوم كفار لا عبرةَ بقولهم في الشرائعِ والأحكامِ ، فلا يُبنىَ على قولهم [3] لحوق الولد وعدمُ لحوقِه .

1934 - قلت : قد اعتبرنا قولَ الكفار في الأمورِ الغائبةِ [4] من الطبياتِ ، فلو شهدوا بعدم العيب قبلنا شهادتَهم ، وقضينا بالرد على البائعِ ، حتى قالَ جماعةٌ من العلماء : يقبلُ في ذلك قولٌ واحدٌ بانفراده ، ولو شهدوا بأن المرض مخوف قضينا برد التصرفاتِ والتبرعاتِ ، وورثنا المطلقةَ الثلاث في ذلك المرضِ إذا ماتَ المطلقُ فيه ، ولو شهدُوا بأن هذَا الدواءَ في هذا الوقتِ لا يصلح [لهذا المريضِ] [5] ، وأن دافعَه له مخطئ ضمناهُ بشهادتهم ، ولو شهدوا بغير ذلك مما يتوقف على الطبيات والجبر [6] والجراحاتِ والأمورِ التي هي علمهُم ودرايتهمَ [7] قبلناه ، فكذلك هاهنا ، فقولُ الفقهاءِ : لا يقبلُ قولُ الكافرِ ولا شهادتُه ليس على إطلاقه ، بل ذلك في الشهادةِ في استحقاقِ الأموالِ و [8] الدماءِ ونحو ذلك من قضايا الحُكامِ ، أما في هذا الباب فلا .

وقد قال مالك : يقبلُ قولُ الكافرِ في الذبيحةِ ويترتبُ علَى ذلِكِ حكمٌ شرعي وهو جواز التناول . ونصُّوا أيضًا [9] على ذلك في قبولِ الهديةِ إذا [جاءوا بها ، وأخبروا] [10] أن فلانًا بعث بها معهم [11] ويباح أكلها بذلك ، فظهرَ الفرقُ بين أقوالِ الكفار [12] في مواطنها [13] .

---

(1) قال ابن الشاط : قلت : لا حاجة إلى تأويل الحديث ، فإن ما ذكره الأطباء من ذلك لا تتحقق صحته والأصح إبطال ما ذكره لمخالفة الحديث . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (124/3) .

(2) قال البقوري : قلت : قطع شهاب الدين بما ذكره المشرحون بطرق التأويل إلى ما جاء في الحديث ، وتأويله من أبعد شيء فالأولى دفع ما قاله المشرحون ، فنحن لا نعرف هل اتفق المشرحون على ذلك أم لا؟ ثم بعد الاتفاق يبقى معنا الشك فيما ذكروه من وجوه لا من وجه واحد ، فما لنا ولتأويل الأحاديث بشيء بعيد غاية . انظر : ترتيب الفروق واختصارها (35/2 ، 36) .

(3) في (ط) : [قولهم] .

(4) في (ص) ، (ك) : [الطبية] .

(5) في (ط) : [بهذا المرض] والصواب ما أثبتناه من (ص) ، (ك) .

(6) زيادة من (ص) ، (ك) .

(7) في (ص) : [دريتهم] وفي (ك) : [درسهم] .

(8) في (ص ، ك) : [أو] .

(9) ساقطة من (ص ، ك) .

(10) في (ص) ، (ك) : [وجاء بها وأخبر] .

(11) في (ص) ، (ك) : [معه] .

(12) في (ط) : [الكفارة] والصواب ما أثبتناه .

(13) قال ابن الشاط : قلت : ما ذكره من قبول قول الكفار في المواطن التي ذكرها صحيح ، ولكن ليس ذلك من باب الشهادة بل من باب الخبر ، وليس على الإطلاق بل في مواطن إلجاء الضرورة إلى قبول أقوالهم وليس ما نحن فيه من لحوق الوالد من تلك المواطن ؛ لأن الآية يقتضي ظاهرها تعيين المدة التي يلحق فيها الولد وهي ستة أشهر ، والحديث يقتضي ظاهره تكذيبهم فيما قالوه والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (125/3) .

الفرق التاسع والأربعون والمائة [1]

بين قاعدة قيافته ﷺ [2] وبين قاعدة قيافة المدلجيين

1935 - اعلم أن مالِكًا والشافعيَّ [﵄] [3] قالَا بالقافةِ في لحوقِ الأنسابِ ، وخصصه مالك في مشهور مذهبه بالإماءِ دون الحرائر [4] .

1936 - وقال أبو حنيفة [﵁] [5] : لا يجوزُ الاعتمادُ على القافِة أصلًا في صورةٍ من الصورِ [6] ؛ لأنه حزرٌ [7] وتخمينٌ ، فلا يجوزُ كالاعتماد على النجوم ، وعلى علم الرملِ والفألِ والزجرِ وغير ذلك من أنواعِ الحزرِ والتخمينِ ، فإن الاستدلالَ بالخلق على الإنسان من باب الحزر البعيدِ ، و [8] مع طول الأيام يولد للشخصين [9] من لا يشبههما في خَلْقٍ ولا في [10] خُلق ، وقد قال ﵇ للذي أنكر لونَ ولده من لونه : « لعله [من عرق] [11]

---

(1) ساقطة من (ط) .

(2) القائف الذي يعرف الآثار ويقال : قاف الأثر قيافته اقتيافا وقافة يقوفه قوفا وتقوفه تتبعه ، والحديث أن مجززا كان قائفا . القائف الذي يتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه . لسان العرب 3776/5 .

(3) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(4) لا يحكم بالقافة في أولاد الحرائر على المشهور كما ذكره ابن رشد في سماع أشهب من كتاب الاستلحاق وغيره . انظر : مواهب الجليل (247/5) وانظر : سماع أشهب في البيان والتحصيل لابن رشد (236/14 ، 238) .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) قال السرخسي وهو من الأحناف « حجتنا في إبطال المصير إلى قول القائف أن الله تعالى شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفي النسب ، ولم يأمر بالرجوع إلى قول القائف فلو كان قوله حجة لأمر بالمصير إليه عند الاشتباه ، ولأن قول القائف رجم بالغيب ، ودعوى لما استأثر الله ﷻ بعلمه وهو ما في الأرحام كما قال الله تعالى : ﴿ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ ﴾ .... ومجرد الشبه غير معتبر ، فقد يشبه الولد أباه الأدنى ، وقد يشبه الأب الأعلى الذي باعتباره يصير منسوبا إلى الأجانب في الحال ، وإليه أشار رسول الله ﷺ حين أتاه رجل فقال : أنا اسود شديد السواد وقد ولدت امرأتي ولدا أبيض فليس ، مني فقال ﷺ : هل لك من إبل ؟ فقال : نعم ؛ فقال ﷺ ما لو نها ؟ قال حمر ، فقال ﷺ هل فيها من أورق ؟ فقال : نعم ، فقال : ﷺ فمن أين ذلك الأورق ؟ فقال : لعله عرق نزع قال عليه الصلاة والسلام ولعله عرق نزع .

انظر : المبسوط للسرخسي (70/17) طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت .

(7) حزر : – الحَزْرُ حزرُك عدد الشيء بالحدس ، بمعنى التقدير والخرص ، والحازر : الخارص ، والحَزَوَّر : الغلام إذا اشتد وقوي ، والحَزَوَّر : الضعيف من الرجال . انظر : اللسان (حزر) (855) .

(8) ساقطة من (ص ، ك) .

(9) في (ط) : [للشخص] .

(10) ساقطة من (ص ، ك) .

(11) في (ط) [عرق] .

نزع ، بعد أنَّ قالَ له هل لكَ مِن إبل ؟ قال : نعم ، قال : فما ألوانها [1] ؟ قال : بيضٌ ، قال : هلْ فيهَا من أورق [2] ؟ قال : نعمْ ، قال : فمن أين ذلك الأورق ؟ قال : لعله عرق نزع ، قال له ﷺ : لعله [3] عرق نزع [4] » يشيرُ إلى أن صفاتِ الأجدادِ وأجدادِ الأجدادِ والجداتِ قد تظهرُ في الأبناءِ ، فيأتي الولدُ يشبه غيرَ أبويه ، وليسَ منهمْ ؛ لأن الواطئ الزانيَ بأمهِ كان يشبِهُ أباه أو جدًّا من أجداده أو خالًا من أخوالِه يشبه أباه الذي ألحقته به القافةُ ، وليس بابٌ له في نفس الأمر ، وإذا لم يطرد ولم ينعكس لم يجز الاعتماد عليك ؛ لأنه من باب الحزر والتخمين البعيد .

1937 - واحتج مالكٌ والشافعيُّ رضي الله عنهما بما في مسلم قالتْ عائشةُ رضي الله عنها « دخل عليَّ رسول اللّه ﷺ ذات يوم مسرورًا فقال : يا عائشةُ ألم تَريْ أن [5] مجززًا المدلجي [6] دخل عليَّ فرأى أسامة [7] وزيدًا [8] وعليهما [9] قطيفة قد غطيا رؤسهما وبدت [10] أقدامهما ،

(1) في (ص ، ك) : [لونها] .

(2) الأورق من الإبل الذي لونه بياض إلى سواد وبياض كدخان الرمث ، ويكون ذلك في أنواع البهائم . انظر : لسان العرب (4816/5) .

(3) في (ص ، ك) : [ولعله] .

(4) أخرجه : البخاري (الحدود) (6341) ، مسلم (اللعان) (2756) ، الترمذي (الولاء والهبة) (2054) ، النسائي (الطلاق) (3426) ، أبو داود (الطلاق) (1927) ، ابن ماجة (النكاح) (1992) .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) هو مجزز المدلجي القائف وهو مجزز بن الأعور بن جعدة بن معاذ بن عُتْوارة بن عمرو بن مدلج الكناني المدلجي . إنما قيل له مجزز لأنه كان كلما أسر أسيرًا جز ناصيته . أسد الغابة 66/5 .

(7) هو أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحبيل ، استعمله النبي ﷺ على جيش لغزو الشام ، سكن المِزَّة مدة ، ثم رجع إلى المدينة ، حدث عنه : أبو هريرة ، وابن عباس ، وأبو وائل وغيرهم .
ثبت عن أسامة قال : كان النبي ﷺ يأخذني والحسن ، فيقول : « اللهم ، إني أُحبّهما ، فأحبَّهُما » .
قيل : مات بالمدينة ، وقيل : مات بوادي القرى . وقال ابن سعد : مات في آخر خلافة معاوية .
سير أعلام النبلاء 119/4 .

(8) هو زيد بن حارثة بن شراحبيل ، أبو أسامة ، الكلبي ، سيد الموالي ، وأسبقهم إلى الإسلام ، وحِبُّ رسول اللّه ﷺ وما أحبَّ ﷺ ، إلا طيبًا ، ولم يُسَمِّ الله تعالى في كتابه صحابيًا باسمه إلا زيد بن حارثة ، ذكره ابن إسحاق وغيره فيمن شهد بدرًا .
قتل رضي الله عنه سنة ثمان وهو ابن خمس وخمسين سنة .
الإصابة 2884/3 . سير أعلام النبلاء 139/3 .

(9) في (ط) : [عليها] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(10) في (ص ، ك) : [بدأت] .

فقال : إن هذا الأقدام بعضها من بعض » [1] فقال [2] أبو داود : كان [3] أسامةُ شديدَ السوادِ وأبوهُ شديدَ البياضِ ، فطعنت الجاهليةُ على زيدٍ بذلك ، فسرَّ ﷺ لعلمِه بترك الطعن عند ذلك ، ورسولُ اللّه لا يسر إلا بسبب حق ، فتكون القيافة [4] حقًّا وهو المطلوبُ .

1938 - أجابَ الحنفيةُ عن هذا الحديث بوجهين :

1939 - الأول : أن سرورَ [5] رسولِ اللّه ﷺ لا يتعين أن يكون سُرَّ [6] لكونِ القيافةِ حقًّا ، بل جازَ أن يسرَّ لقيامِ الحجة على الجاهليةِ بما كانوا يعتقدونه وإن كان باطلًا ، والحجة قد تقوم على الخصم بما يعتقده وإن كان باطلًا ، وقد يؤيد اللّه الحق بالرجل الفاجر ، وبما شاء ، فإجمال [7] الباطل ودحضه يوجب السرور بأي طريق كان .

1940 - الثاني : أن رسولَ اللّه ﷺ سرَّ بوجود آية الرجم في التوراة ، وهو لا يعتقدُ صحتها ، بل لقيام الحجةِ على الكفارِ ، وظهورِ كذبهِم وافترائهِم ، فَلِمَ لا يكون هنا [8] كذلك ؟ .

1941 - و [9] أجاب الفقهاءُ عن الأولِ بما جاءَ في البخاري وغيرِه أن رسول اللّه ﷺ قال في حديث اللعان المشهورِ لما لاعن بين عويمر العجلاني [10] وامرأته وكانت حاملًا ، « إن جاءت بِهِ [11] أحمرَ قصيرًا كأنه وحرة [12] فلا أراها إلا قد صدقَتْ [13] وكذَبَ عليها ، وإن جاءت به أسودَ أعينَ [14]

---

(1) أخرجه : البخاري (الفرائض) (6273) ، مسلم (الرضاع) (2648) ، الترمذي (الولاء والهبة) (2055) ، أبو داود (الطلاق) (1931) ، ابن ماجة (الأحكام) (2340) .

(2) في (ص ، ك) : [قال] .

(3) في ص ، ك) : [وكان] .

(4) في (ك) : [القافة] .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) ساقطة من (ص) و (ك) .

(7) في (ك) : [إجمال] .

(8) في (ص ، ك) : [هاهنا] .

(9) ساقطة من (ط) .

(10) عويمر العجلاني هو عويمر بن أبيض العجلاني الأنصاري صاحب اللعان قال الطبري هو عويمر بن الحارث ابن زيد بن حارثة بن الجد العجلاني وهو الذي رمى زوجته بشريك بن سحماء فلاعن رسول اللّه ﷺ بينهما وذلك في شعبان سنة تسع لما قدم من تبوك . أسد الغابة 316/4 ، الإصابة 45/5 .

(11) (ص ، ك) : [بولد] .

(12) الوحرة : وزَغَة تكون في الصحاري أصغر من العِظاءة وهي على شكل سام أبرص ، وجمعها وَحَرْ ، وقيل : هي حزب من العِظاء ، وهي صغيرة حمراء تعدو في الجبايين لها ذنب دقيق تمصع به إذا عَدَت وهي أخبث العِظاء لا تطأ طعامًا ولا شرابًا إلا شمته ، ووحر الرجل وحرًا : أكل ما دبت عليه الوحرة أو شربه فأثر فيه سمها . انظر : اللسان (وحر) (4783) .

(13) في (ك) : [صدقت] .

(14) أعين : رجل أعين : أي واسع العين بين العين والعين ، جمع عيناء وهي الواسعة العين ، يقال : الثور أعين والبقرة عيناء . انظر اللسان (عين) (3197) .

كالوحرة [1] ذا إليتين فلا أراه إلا قد صدقَ عليها ، فجاءت به على النعتِ [2] المكروهِ من ذلك [3] » [4] .

1942 - وفي بعض الروايات [5] في البخاري و [6] كان ذلك الرجل مصفرًا [7] قليل اللحم ، سَبْط [8] الشعر ، وكان الذي ادعى عليه أنه وجد [9] عند أهله ، خَدْلًا [10] ، آدم [11] ، كثيرَ اللحم ، جعدًا [12] ، قططًا [13] ، فقال النبي ﷺ اللّهم بين ، « [فجاء الإبن] [14] شبيهًا بالرجل الذي ذكر زوجها أنه وجده عندها [15] » [16] .

1943 - **فائدة** : الوحرة بالحاء المهملة : دويبة حمراءُ تلصقُ بالأرض ، والأعينُ : الواسعُ العينينِ [17] والآدمُ : الشديدَ الأدمةِ وهي سمرةٌ بحمرة ، والخدل : الكثيرُ [اللحم في الساقين] [18] ، يقال : رجل خدل وامرأة خدلاء ، والقطط : الشديد الجعودة ، كشعور [19] السودان .

1944 - ومما جاء في الصحيح عن رسول اللّه ﷺ أنه قال لعائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لما قالت : « أو تجد

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .
(2) زيادة من (ص ، ك) .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) أخرجه البخاري (الطلاق) (4897) .
(5) في (ص ، ك) : [الرواية] .
(6) زيادة من (ص ، ك) .
(7) ساقطة من (ص ، ك) .
(8) سبط : - هو نقيض الجعد ، والجمع (سباط) ، والسبط : - الشعر الذي لا جعودة فيه ، وشعر سبط : مسترسل منبسط غير جعد ، ورجل سبط اليدين أي سخي ، سمح الكفين والسبط من الرجال : الذي ليس بمجتمع انظر : اللسان (سبط) (1922) .
(9) في (ط) : [وجده] .
(10) خدلًا : - الخدْل : العظيم الممتلىء ، والخدلة من النساء : الغليظة الساق المستديرتها ، وجمعها خدال . انظر : اللسان (خدل) (1114) .
(11) أدم : - الأدمة : ما ظهر من جلدة الرأس ، والأدمة : السُمرة ، والأدمة في الإبل : البياض مع سواد المقلين ، وهي في الناس السمرة الشديدة . انظر : اللسان (أدم) (46) .
(12) جعدًا : - الجعد من الشعر : خلاف السبط ، وقيل هو القصير ، والأنثى جعدةٌ ، وجمعها : جعاد ، والجعد من الرجال : المجتمع بعضه إلى بعض ، رجل جعد اليدين أي : بخيل . انظر : اللسان (جعد) (631) .
(13) القطط : شعر الزنجي ، يقال : رجل قطط ، وشعر قطط ، وامرأة قطط ، والجمع : قططون وقططات ، وشعر قط وقطط : أي جعد قصير ، وجعد قطط : أي شديد الجعودة . انظر : اللسان (قطط) (3672) .
(14) في (ط) : [فجاءت] والصواب ما أثبتناه .
(15) ساقطة من (ص ، ك) .
(16) أخرجه : البخاري (الطلاق) (4904) .
(17) في (ص ، ك) : [العين] .
(18) في (ص ، ك) : [لحم الساقين] .
(19) في (ط) : [كشور] .

المرأة ما يجد الرجل يعني [1] من إنزال المني واللذة الموجبة للغسلِ ؟ فقالَ لها ﷺ : تربت يداك ، ومن أين يكون الشبه » [2] فدل هذا الحديث على أن [مني المرأة ومني الرجل] [3] يحدثُ شبهًا في الولد بالأبوينِ ، فيأتي في الخلقةِ والأعضاءِ والمحاسنِ ما يدل على الأنساب .

1945 - وحديث اللعان [4] أيضًا يقتضي [5] ذلك ، فإن رسول اللّه ﷺ قضى على خلقةٍ مخصوصةٍ أنها توجبَ أنه من واطيء مخصوص ، وأنه يوجبُ النسبَ إن جاءتْ به يشبهُ صاحبَ الفراشِ ، وإذا استدل ﷺ بالخلق التي لم توجدُ على الأنساب [6] فالأولىَ [7] ثبوتُ الدليلِ [بالخلق المشاهد] [8] فإن الحسَّ أقوى من القياسِ ، وإذا ثبت أن رسولَ اللّهِ ﷺ أثبت هذا من قبل نفسه في صورة ليس فيها غرضٌ للمشركين دلَّ ذلك على أن هذه القاعدةَ حقٌّ في نفسها ، وأن سرورةَ ﷺ لم يكنْ إلا بحقٍ ، لا لأجلِ إقامةِ الحجةِ على المشركين .

1946 - **وعن الثاني** : أن رجمَ رسول اللّه ﷺ اليهوديين [9] إنما كان بوحي وصلَ إليه ﷺ لعدمِ صحةِ التوراةِ في آيةِ الرجمِ ، وتجويز أنها من المحرفات ولا يلزم من إخبار [عبد اللّه بن سلام] [10] بأن في التوراةَ آيةَ الرجمِ أن يكون ذلك صحيحًا ؛ لأن عبدَ اللّه بن سلام إنما أخبر بأنه رآها مكتوبةً في نسخ التوراة ، ولم يخبرْ أنها مرويةٌ عنده بالطريق الصحيح إلى موسى بن عمران [ﷺ] [11] ولايلزم من أن يكونَ في النسخ شيء مكتوبًا أن يكونَ صحيحًا ، فإن الإنسانَ منَّا يقطعُ بأنه وجدَ في كتب التواريخ حكايات

---

(1) في (ك) : [معنى] .

(2) أخرجه : النسائي (طهارة) (196) ، أبو داود (طهارة) (205) ، الموطأ (طهارة) (105) ، الدارمي (طهارة) (756) ولكن الحديث بلفظ « تربت يمينك » .

(3) في (ك) : [مني الرجل ومني المرأة] .

(4) في (ص ، ك) : [النعمان] .

(5) في (ص ، ك) : [اقتضى] .

(6) في (ك) : [الإنسان] .

(7) في (ص ، ك) : [فأولى] .

(8) في (ص ، ك) : [في الخلق المشاهدة] .

(9) في (ص ، ك) : [اليهودي] .

(10) هو عبد اللّه بن سلام بن الحارث ، الإمام الحبر ، المشهود له بالجنة ، أبو الحارث الإسرائيلي ، حليف الأنصار ، من خواصِّ أصحاب النبي ﷺ . حدث عنه : أبو هريرة وأنس بن مالك وغيرهما ، وكان ممن شهد فتح بيت المقدس ، وروى قيس بن الربيع ، وهو ضعيف ، عن عاصم ، عن الشعبي قال : أسلم عبد اللّه بن سلام قبل وفاة رسول اللّه بعامين . فهذا قول شاذ مردود بما في « الصحيح » من أنه أسلم وقت هجرة النبي ﷺ وقدومه . توفي سنة (43 هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء 65/4 وما بعدها .

(11) ساقطة من (ص) و (ك) .

وأمورا[1] كثيرة ، ولا يقضي بصحتها ، فكذلك هنا [2] وإذا كان عليه السلام إنما [3] حكم بالوحي فلا يكون ذلك حجة علينا هاهنا ، فإن هذه الصورةَ ليس فيها ما يدل على الوحي ، بل ظاهرَ الأمرِ خلافُه ، فظهر [4] بهذهِ الأحاديثِ أن هذا مدرك صحيحٌ يعتمد عليه ، وليس من بابِ الحزرِ الباطلِ كما قاله أبو حنيفة .

1947 - سؤال : قال بعضُ الفضلاء : العجبُ من مالكٍ والشافعي رضي الله عنهما كونهما لم يستدلَّا علَى أبي حنيفةَ في ثبوتِ القيافةِ إلا بحديثِ مجزز المدلجي ، وهو رجلٌ من آحادِ الناس معرضٌ للصوابِ والخطأِ ، ورسولُ اللّه ﷺ قد صرح بالقيافة في هذه الأحاديثِ المتقدمةِ ، فكان الاعتمادُ على ما صدر عنه عليه السلام [قولا وفعلا] [5] ، وهو معصومٌ من الخطأِ أولى مما أقر عليه ، فإن حديثَ [6] المدلجي إنما وجه الاستدلال منه بطريقِ [7] الإقرارِ على ما قاله ، وأين إقرارُ النبي ﷺ مما فعله هو بنفسه ﷺ وتكرر منه ، مع أنه لم يوجدْ لأحدٍ من الفقهاءِ استدلالٌ بشيء من هذه الأحاديثِ على صحةِ القيافة ، وهذا عجبٌ عظيمٌ في عدولهم عن مدرك في غايةِ القوةِ والشهرةِ إلى ما هو أضعفُ منه بكثيرٍ ، ولم يعرجْ [8] أحدٌ منهم على [القوي البتة] [9] .

1948 - جوابه : أن لذلك موجبًا حسنًا ، وذلك أن رسولَ اللّهِ ﷺ أعطاهُ اللّهُ تعالى من وفورِ العقلِ وصفاءِ الذهن وجودةِ الفراسةِ أمرًا عظيمًا بينه وبين غيره من أمته في ذلك فرقٌ لا يداني ولا يقاربْ ، وكذلك في حواسهِ وقوىَ جسدهِ وجميعِ أحواله ، فكان يرى منْ وراءِ ظهرِه ، ويرى في الثريا [10] أحد عشرَ كوكبًا ، ونحن لا نرى فيها [11] إلا ستةً ، فلو استدلَّ الفقهاءُ على أبي حنيفةَ [رضي الله عنهم أجمعين] [12] بقيافتِه عليه السلام لم تقم الحجة على أبي حنيفة إذ كان له أن يقول : إذا صحت القيافة من تلك الفراسةِ النبويةِ القويةِ المعصومةِ عن الخطأ فمن أين لكمْ أن فراسةَ الخلق الضعيفة تدرك من الخلق ما يستدل به على الأنساب ، ولعلها عمياء عن ذلك بالكلية لقصورها ، ولم يبقَ فيهَا [13] إلا حزرٌ

(3) زيادة من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [فعلا وقولا] .

(7) في (ك) : [بطريق بطريق] .

(9) في (ك) : [الفتوى إليه] .

(10) في (ص) [المشترى] وفي (ك) : [المثرى] .

(11) ساقطة من (ك) .

(12) زيادة من (ص ، ك) .

(13) في (ك) : [فيها ولم يبق] .

وتخمينٌ باطلٌ ، كما أنا عمينا في بقية كواكب الثريًّا لا ندركها البتة [لضعفها فالبصيرة كالبصر] (1) ، وأنتم تقصدونَ بهذا الاستدلالِ ثبوت حكم القيافةِ إلى يوم القيامةِ ، فلا يتأتى لكم ذلك ، وإذا قالَ أبو حنيفةَ ذلك (2) تعذرَ جوابه وبطلَ الاستدلالُ عليه البتة ، أما إذا استدل الفقهاء عليه بقضية مجزز المدلجي فقد استدلوا بشيء يمكنُ وجودهُ إلى يوم القيامة ، فإن الأمةَ يمكنُ فيها ذلك لا سيَّمَا في هذه (3) القبيلةِ ، فكان الاستدلالُ بذلك على ثبوتِ الحكمِ في القيافةِ إلى يومِ القيامةِ استدلالًا صحيحًا بخلافِ الأولِ لتعذرِ وجود مثلِ رسولِ اللّه ﷺ ، ومثلِ فراسته القوية ، وهذا سببٌ عظيمٌ يوجبُ العدولَ عن قيافةِ رسولِ اللّه ﷺ إلى قيافةِ غيره من الآحادِ ، وهذا (4) الموضعُ سؤالًا وجوابًا هو المقصودُ بذكر هذا الفرق لأجلِ ما اشتمل عليهِ من الغرابةِ وصعوبةِ الجواب فذكرته للتنبيهِ عليه سؤالًا وجوابًا .

---

(1) في (ط) : [لضعفنا والبصر كالبصر] وفي (ك) : [لضعفها والبصيرة كالبصر] .

(2) في (ص ، ك) : [كذلك] .

(3) ساقطة من (ك) .

(4) في (ك) : [لهذا] .

الفرق الخمسون والمائة

بين قاعدة ما يحرم الجمع بينهن من النساء
وبين قاعدة ما يجوز الجمع بينهن [1]

1949 - وهو أن كل امرأتين بينهما من النسب أو الرضاعِ ما يمنع تناكحهما لو قدِّرَ إحداهما رجلًا [والأخرى أنثى] [2] لا يجوزُ الجمعُ بينهما في الوطء بعقدٍ ولا ملكٍ [3] قالَه [4] مالك والشافعي وأبو حنيفةَ وابنُ حنبل ﷺ أجمعين [5] .

1950 - وقد خرج بقيدي النسبِ والرضاع : المرأةُ وابنةُ [6] زوجها ، والمرأةُ وأمُّ زوجها ، فإنه لو فرض [أحدهما رجلًا والأخرى امرأة] [7] لم يَجُزْ أن يتزوج أحدُهما الآخر [8] ؛ بسبب أن المرأةَ حينئذ إما أمُّ امرأةِ الرجلِ أو ربيبتُه فتحرمُ على ذلك الرجلِ ، ومع ذلك يجوزُ [9] الجمعُ بينهما ، فإذا قلنا من النسبِ أو الرضاعِ ما يمنعُ التناكحَ خرجَا من الضابِط وبقي جيِّدًا ، وقبل خروجهما كان الضابط غير مانع لاندراجهما فيه فيكون باطلًا ، وفي الضابط مسألتان :

1951 - المسألة الأولى : من أبانَ امرأتَه حلَّتْ له أختُها [10] في عدتها وحلتْ لهُ الخامسة [11] لانقطاعِ الموارثةِ بينهمُا والعصمةُ ، وإنما العدةُ لحفظِ الأنسابِ ، ووافقنا الشافعي [12] ﷺ .

وقالَ أبو حنيفةَ : وابنُ حنبل ﷺ : تحرمُ الأختُ والخامسةُ حتى تنقضيَ العدةُ ؛ لأن

---

(1) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله فيه صحيح غير ما علل به من قوله بسبب أن المرأة حينئذ إما أم امرأة الرجل أو ربيبته ، فإن قوله : إما أم امرأة الرجل لا يصح إلا على تقدير أن المرأة رجل ، وأن أم زوجها أم زوجته فيتعين المعرف وهو المضاف إليه وحقه أن لا يتعين ؛ لأنه إذا تعين يتعين فرض المسألة وهذا الاعتراض مختص بالمسألة الثانية ، وأما الأولى فيسقط عنها مثل هذا الاعتراض للاشتراك في لفظ ربيبته فانه يقال على زوجة الأب في العرف الجاري الآن وعلي بنت الزوج والزوجة . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 129/3 .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3) إنما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة ، أي لو كان أحدهما ذكرا ، والآخر أنثى لم يجز لهما أن يتناكحا . انظر : بداية المجتهد (95/2) .

(4) في (ص ، ك) : [وقاله] .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) فلي (ص ، ك) : [ابن] .

(7) في (ص ، ك) : [أحدهما رجلا والآخر امرأة] .

(8) في (ص ، ك) : [بالآخر] .

(9) في (ص ، ك) : [فيجوز] .

(10) في (ص) : [أخته] .

(11) قال مالك : لو كان الرجل تحته أربع نسوة ، فطلق إحداها طلاقًا بائنًا فتزوج أخرى في عدتها فهذا جائز ، وكذلك يجوز أن يتزوج امرأة في عدة أختها منه من طلاق بائن . انظر : المدونة الكبرى 204/2 .

(12) مذهب الشافعية : أنه يجوز للرجل أن يتزوج أخت مطلقته – إذا كان الطلاق بائنًا – ولو لم تنته عدة =

العدةَ من آثارِ النكاحِ [1] ولقوله [ﷺ] [2] « منْ كانَ يؤمنُ باللّهِ واليوم الآخر فلا يجمع ماءَهَ في رحم أختين » [3] .

1952 - والجواب عن الأول : أن لحوقَ الولدِ بعد أربع سنينَ من آثار النكاح ، ولا قائل بالتحريمِ إلى تلكَ الغاية ، وإنما المعتبر الاختصاصُ بالزوجِ حتى تحصل القَطِيعَةُ بين [4] الأقارب بسبب الجمع ، وهو في هذه الصورة منفي .

1953 - والجواب عن الحديث : أنه وإن كانَ عامًّا في الرجالِ والأختينِ غيرَ أنهُ مطلق في الزمانِ ، فنحملُه على زمانِ الاختصاصِ قبل البينونةِ ، ويحرمُ الجمعُ في عدةِ الرجعية اتفاقًا ؛ لأنها زوجةٌ ، والاختصاصُ بالمواريث وغيرها حاصل [5] .

1954 - المسألة الثانية : الأختانِ بملكِ اليمينِ حرَّمَ الجمعَ بينهما قولُه تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ [النساء : 23] وأحلَ الجمعَ بينهما قولُه تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ [النساء : 3] وليست إحداهما أخصَّ من الأخرى حتى يقدم الخاص على العام ؛ لأن الأولى تتناول المملوكتين والحرتين فهي أعمُّ من الثانية ، والثانية تتناولُ الأختين وغيرَهما ، فتكونُ كلُّ واحدة منهما [6] أعمَّ من الأخرى من وجهٍ وأخصَّ من وجهٍ فتستويان ، ولذلك قال عثمان [7] ﷺ أحلتهما آية وحرمتهما آية [8] ، ووجهُ

= أختها ، وكذلك يجوز لمن طلق واحدة من زوجاته الأربع طلاقًا بائنًا أن يتزوج بأخرى ولو لم تنته عدة المطلقة . انظر : الوسيط للغزالي 110/5 .

(1) مذهب الحنفية : لا يجوز نكاح الأخت – أي أخت المطلقة – في عدة أختها ، لا في الطلاق الرجعي ولا البائن ، وكذلك لا يجوز نكاح الخامسة في عدة الرابعة من طلاق رجعي أو بائن ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : – بدائع الصنائع 262/2 ، 263 .

(2) في (ص ، ك) : [ﷺ] .

(3) أخرجه ابن حجر العسقلاني في كتاب تلخيص الحبير (166/3) الزيلعي في كتاب نصب الراية (168/3) .

(4) في (ص ، ك) : [من] .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) هو عثمان بن عفان ، الصحابي الجليل ، أمير المؤمنين ، وأحد السابقين الأوليين ، وزوج الابنتين ، وصاحب الهجرتين ، وذو النورين ، روى عن النبي ﷺ ، روى عنه بنوه ، أبان وسعيد وأنس وغيرهم قُتِلَ ﷺ شهيدًا سنة 35 هـ . سير أعلام النبلاء 566/2 .

(8) اتفقوا على أنه لا يجمع بين الأختين بعقد نكاح لقوله تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ واختلفوا في الجمع بينهما بملك يمين ، والفقهاء على منعه ، وذهبت طائفة إلى إباحة ذلك . وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ وهو قوله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لأقرب مذكور ، ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم إلا ما وقع الإجماع على أنه لا تأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ ملك اليمين ويحتمل ألا يعود إلا إلى أقرب مذكور ، فيبقى قوله ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ على عمومه ولا سيما إن عللنا ذلك بعلة الأخوة ، أو بسبب موجود فيهما . انظر : بداية المجتهد (58/2) .

الترجيحِ للتحريم كما [1] قاله جمهور الفقهاء من ثلاثة أوجه :

1955 - أحدها : أن الأولىَ سيقتْ للتحريمِ والثانية سيقت للمدحِ بحفظِ الفروج ، و [2] القاعدةُ أن الكلامَ إذا سيق لمعنى [3] لا يستدلُّ بهِ في غيرهِ ، فلا تعارِضُ الأولى الثانية ، فتكونُ آيةُ التحريمِ سالمةً عن المعارضِ فتقدم .

1956 - وثانيها : [4] أن الأولى لم يجمع على تخصيصها [5] ، والثانية أجمع على تخصيصها [6] بما لا يقبل الوطء [7] منِ قبلِ [8] المملوكات [9] وبما يقبله ، لكنه محرم إجماعًا ، كالذكور وأخوات الرضاعة [10] وموطوآت [الآباء] [11] من الإماء ، وغير المخصوص أرجح مما أجمع على تخصيصه .

1957 - وثالثها : أن الأصلَ في الفروجِ التحريمُ حتى يتيقن الحلُّ ، فتكونُ الأولَى على وفق الأصلِ ولم يتعين رجحانُ الثانيةِ عليها فيعمل بمقتضاها موافقة للأصل . فهاتان المسألتان هما اللتان تحتاجانِ إلى تدقيقٍ في البحثِ ، فلذلك أفردتهما [12] عن سائر المسائل التي في الباب .

---

(1) ساقطة من (ك) .

(2) ساقطة من (ك) .

(3) ساقطة من (ص ، ك) .

(4) في (ص ، ك) : [وثانيهما] .

(5) في (ص ، ك) : [تخصيصهما] .

(6) في (ص ، ك) : [تخصيصهما] .

(7) في (ك) : [للوطء] .

(8) زيادة من (ك) .

(9) في (ص) : [مملوكات] .

(10) في (ك) : [الرضاع] .

(11) في (ك) : [للأباء] .

(12) في (ص ، ك) : [أفردهما] .

الفرق الحادي والخمسون والمائة

بين قاعدة الإباحة [1] المطلقة

وبين [2] قاعدة الإباحة المنسوبة إلى سبب مخصوص

1958 - اعلم أن الإباحةَ قد تثبتُ مطلقًا فلا يكونُ على المكلفِ حرجٌ في الإقدامِ على الفعلِ مطلقًا ، وقد تثبت باعتبارِ سببٍ معين ، فلا يكونُ على المكلف حرجٌ في الإقدام على ذلك الفعلِ من جهةِ ذلك السببِ ، ويكونُ عليه حرجٌ في الإقدامِ باعتبار سبب آخر ، فالتحريمُ يجتمعُ مع هذه الإباحةِ ولا يجتمعُ [3] مع الإباحةِ الأُولى .

وسرُّ ذلك أن أسبابَ التحريمِ قد تجتمعُ [4] وقد تفترقُ ، فإن اجتمعَ سببان فأكثر للتحريم فارتفع أحدهَما ثبتت الإباحةُ باعتبارِ ذلك السببِ خاصةً ، وبقي الفعل محرمًا باعتبار السبب الآخر ، وكذلك إذا كان له سببٌ واحد [5] للتحريمِ فزال وخلفه [6] سببٌ آخر صدقتِ الإباحةُ باعتبارِ السببِ الأولِ ، وصدقَ التحريم باعتبارِ السببِ المتجددِ ، ولذلك نظائرُ كثيرةٌ في الشريعةِ ، وبمعرفة هذا الفرقِ تحصلُ أجوبةٌ عن أسئلةٍ كثيرةٍ في الفقه والنصوص ، وأذكر من ذلك ثلاث مسائل :

1959 - المسألة الأولى : قولُه تعالى : ﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ [البقرة : 230] قال بعضُ الفضلاءِ : مقتضى « حتىّ » التي هي حرفُ غايةٍ أن يكونَ ما قبلها مخالفًا لما بعدَها ، ويكونُ ما بعدها نقيضَ ما قبلها ، ويظهرُ [7] من هذه القاعدةِ أن تكونَ المرأةُ حلالًا إذا عقدَ عليها زوجٌ آخرُ ووطئها ، وليسَ الأمرُ كذلك إجماعًا ، بل هي حرامٌ على حالهَا حتى يطلقهَا هذا الزوجُ ، وإذا طلقها لا تحل [حتى تنقضي عدتهُا ، فإذا انقضت عدتهاَ لا تحلُّ حتى] [8] يعقد عليها الزوجُ الأولُ ، وإذا عقد عليها الزوجُ الأول لا تحل حتى تنتفي [9] موانع الوطء من الحيضِ والصيامِ والإحرامِ وغيرِ ذلك من الموانعِ ، فلم يحصلْ [10] مقتضى الغايةِ ، فهل هذه [11] الغاية باقيةٌ علَى بابها ،

---

(1) في (ك) : [للإباحة] .
(2) ساقطة من (ص ، ك) .
(3) في (ص ، ك) : [يجمع] .
(4) في (ص) : [يجمع] .
(5) ساقطة من (ص ، ك) .
(6) في (ص ، ك) : [وأخلفه] .
(7) في (ك ، ص) : [ويلزم] .
(8) زيادة من (ص ، ك) .
(9) في (ط) : [تنفي] .
(10) في (ك) : [يحل] .
(11) في (ط) : [هذه هي] والسياق يستقيم بدونها .

مقتضيةٌ لثبوتِ النقيضِ ، [من بعدها] [1] [أو هي] [2] مستثناةٌ عن قاعدةِ الغاياتِ بالإجماع .

1960 - والجواب : أنها باقيةٌ على بابِها ، وتقريره أنها كانت محرمةً بكونها أجنبيةً ، وبكونها مطلقةً ثلاثًا ، فلما تزوجها الزوجُ الثاني صارتْ مباحةٌ من جهةِ الطلاقِ الثلاثِ ، وزالَ التحريمُ الناشئُ عنه ، وبقيَ التحريمُ بكونهَا أجنبيةً ، وتجددَ سببٌ آخرُ للتحريم وهو [3] كونُها زوجةً لغيره ، فقد خلف [4] السببَ الزائلَ سببٌ آخر ، وزالَ التحريمُ الكائن بسبب الطلاق الثلاث ، وثبتَ [5] مقتضَى الغايةِ ، وإذا طلقها الزوجُ الثاني بقيتْ محرمةً بالعدة ، وهو سببٌ متجددٌ ، وبكونها أجنبيةً ، فإذا عقد عليها الزوجُ الأولُ زالَ التحريمُ بسبب كونها أجنبيةً ، وبقيت محرمةً بسبب ما تجدد من حيضٍ أو صومٍ أو غيرِهما ، فإذا زال ذلك ثبتتِ الإباحةُ المطلقةُ ، وكان الثابتُ قبل ذلك مطلقَ الإباحة [المطلقَة] [6] ، وقد تقدمَ الفرقُ بين مطلقِ الإباحةِ والإباحةِ المطلقةِ ، فظهر أن الغايةَ على بابها لم تخالفْ مقتضاها ، بل هي [7] معمولٌ بها ، واندفع الإشكال عن الآية .

1961 - المسألة الثانية : إذا تركَ الصلاة [8] ، وزنى وهو محصنٌ [9] ، وارتدَّ عن الإسلامِ [10] ، وقتل النفس التي حرم اللّه تعالى [11] فهذا قد أبيحَ دمُه بكل واحد من هذه الأسباب ، فإذا عفى الأولياء عن القصاص ذهبتِ الإباحةُ الناشئةُ عن القتل [12] ، وثبتتِ الإباحةُ الناشئةُ عن غيرِ ذلك من الأسبابِ المذكورةِ ، فالإباحةُ المرتفعةُ هاهنا هي نظيرَ الإباحةِ الحاصلةِ في [المسألة المتقدمة ، وهي مطلق الإباحة المنسوبة إلى سبب

---

(1) زيادة من (ص ، ك) . (2) في (ك) : [هي أو] .
(3) في (ص) ، (ك) : [هي] والصواب ما أثبتناه .
(4) في (ص) : [أخلف] و في (ك) : [اختلف] . (5) ساقطة من (ك) .
(6) ساقطة من (ك) . (7) في (ص) و (ك) : [هو] .
(8) المراد بتارك الصلاة – هنا – من تركها عمدًا وأمر بها فأبى لا جحودًا لفرضها ، فقد قال قوم : يقتل وقال آخرون : يعزر ويحبس والذين قالوا بقتله منهم من أوجب قتله كفرا ، وهو مذهب أحمد ، وإسحاق ، وابن المبارك . ومنهم من أوجب قتله حدا ، وهو مالك ، والشافعي ، و أبو حنيفة ، وأصحابه . انظر : بداية المجتهد (455/4) بتصرف .
(9) يرجم المحصن بحجارة معتدلة بين الصغر والكبر قدر ما يطيق الرامي بدون تكلف ، ومحل الرجم الظهر والبطن حتى يموت . انظر : الشرح الصغير (455/4) بتصرف .
(10) يقتل المرتد عن الإسلام إذا ظفر به قبل أن يحارب لقول رسول اللّه ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » . انظر : بداية المجتهد (633/2) . (11) زيادة من (ك) .
(12) اتفقوا على أن لولي الدم أحد شيئين القصاص ، أو العفو . انظر : بداية المجتهد (583/2) .

معين ، غير أنها في المسألة الأولى] [1] حاصلة ، وهاهنا ذاهبةٌ ، فتأملْ ذلك .

1962 - المسألة الثالثة : في تصوير اجتماعِ التحريم مضاعفًا في إثمهِ وتعلقات الخطاب فيه ، وذلك أن الزِّنَا محرم ، وبالبنت أشد ، وبها في الصوم أشدُّ ، ومع الإحرام أشدُّ ، وفي الكعبة أشدُّ ، فهذه أربعةُ أسباب من التحريم اجتمعت ، فيكون هذا الفعلُ محرمًا من أربعةِ أوجه ، ويكونُ الإثمُ مضاعفًا أربعَ مرات ، ويكونُ خطابُ التحريمِ قد حصلَ له [2] في هذهِ الصورِ [3] أربعُ تعليقاتٍ [4] ، فإذا تصورت اجتماع التحريمات تصورت [5] ارتفاعَ بعضها ، وحصول مطلق الإباحة بالنسبة إلى ذلك السبب المرتفع ، وتصورت أيضًا اجتماع الوجوبات بتظافر أسبابها على الفعل ، وكذا [6] بقية الأحكام ، تارة تثبت مطلقة ، وتارة بالنسبة إلى سبب معين فتأمل ذلك [7] .

---

(1) ساقطة من (ك) .
(2) زيادة من (ص ، ك) .
(3) في (ص ، ك) : [الصورة] .
(4) في (ص ، ك) : [تعلقات] .
(5) في (ص ، ك) : [تصور] .
(6) في (ص ، ك) : [وكذلك] .
(7) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في الفرق صحيح ، غير ما قاله في الفرق بين الإباحة المطلقة ومطلق الإباحة فإنه ليس عندي بصحيح . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 129/3 .

الفرق الثاني والخمسون والمائة

بين قاعدة ما [يقر من] [1] أنكحة الكفار
وبين قاعدة مالا يقر منها

1963 - قال ابن يونس : أنكحتهمْ عندنا فاسدةٌ ، وإنما الإسلامُ يصححها .

1964 - وقال صاحبُ الجواهر : لا نقرهم على ماَ هوَ فاسدٌ عندهم إلا أن يكونَ صحيحًا عندنا ، ولو اعتقدوا غصبَ امرأة أو رضاها بالإقامة مع الرجل بغير عقد أقررناهم عليه ، قاله [2] الشافعي ﷺ ترغيبًا في الإسلامِ ، كما سقط عنهم القصاصُ والغصوبُ وما جنوهُ على المسلمينَ في نفوسهِم وأموالِهم وأعراضِهم ، ويثبت ما اكتسبوه بعقودِ الرِّبَا وغيره من ثمنِ الخمرِ والخنزيرِ ، كل ذلك ترغيبًا في الإسلامِ ؛ لأنهم لو فهمُوا المؤاخذةَ [3] بذلك لنفروا عن الإسلام .

1965 - وضابطُ مذهب مالكٍ ﷺ : أن كل مفسدة [4] تدومُ كالجمعِ بين الأختين أوْ لا تدومُ ، لكن أدركه الإسلامِ كالزواجِ في العدةِ فيسلم فيها ؛ فهو يبطلُ ، وإن عري نكاحهُم عن هذين القسمين صحَّ بالإسلام [5] .

1966 - وقال الشافعي وابنُ حنبل ﷺ : عقودهمْ صحيحةٌ [6] ، واعلمْ أنَّ قولنا أيها المالكية : إن أنكحتهمَ فاسدةٌ مشكلٌ ، فإن ولايةَ [7] الكافرِ للكافرِ [8] صحيحةٌ ، والشهادة عندنا ليست شرطًا في العقدِ حتَّى نقولَ لا تصحّ شهادتهم لكفرهم ،

---

(1) في (ص ، ك) : [تقرر] . (2) في (ص ، ك) : [وقال] .

(3) في (ص) : [الواحدة] . (4) في (ص ، ك) : [مفسد] .

(5) قال مالك : أكره نكاح نساء أهل الكتاب اليهودية والنصرانية ، قال : وما أحرمه ، وذلك أنها تأكل الخنزير وتشرب الخمر ويضاجعها ويقبلها ، وذلك في فيها ، وتلد منه أولادًا فتغذي ولدها على دينها وتطعمه الحرام وتسقيه الخمر . انظر : المدونة الكبرى (216/2) .

(6) قال الشافعي : حكم الكفار من أهل الكتاب في حقوق النكاح كالمسلمات إلا في الميراث ، إذ لا إرث مع اختلاف الدين ، ولا كراهية في نكاحهن ، فإن الاستفراش إهانة ، والكافرة جديرة بذلك ، وقد استحب الشافعي أيضًا ترك نكاحهن فقال : – « ويحل حرائر أهل الكتاب لكل مسلم ، لأن الله أحلهن بغير استثناء ، وأحبُّ إليَّ لو لم ينكحهن مسلم » .

انظر : الوسيط للغزالي إلى 124/5 ، المغني 613/6 . (7) في (ك) : [ولا] .

(8) في (ص ، ك) : [الكافرة] .

فلو[1] قلنا : إنها شرطٌ فأشهد [2] أهلُ الذمة المسلمين ، ينبغي أن تصح ، والمسلمُ إذا تزوج [3] بغير شهودٍ له أن يشهد بعد العقد ويستقر عقده ، فينبغي التفصيلُ في عقودهم بين ما يكون مختلَّ الشرط [4] ، وبين مالاً يكونُ كذلك ، وأما القضاءُ بالبطلان مطلقًا فمشكل ، غاية ما في الباب أن صداقهمْ قد يقع بما لا يحل منِ الخمرِ والخنزيرِ كذلك [5] ، وقد يقعَ ذلك للمسلمين [6] فتختل بعضُ الشروط أو كلها في بعض العقود ، فكما لا نقضي بفساد أنكحة عوام المسلمين [7] وجهالهم من أهلِ البادية على الإطلاقِ ، بل نفصل ونقول : ما صادف الأوضاعَ الشرعيةَ واجتمعَت شرائِطُه فهو صحيحٌ ، سواءٌ أسلمُوا أم لا ، وما لم يصادِفْ فهو باطلٌ قبل الإسلامِ ، وقد يصحُّ بالإسلامِ كما تقدم رضاهمْ بالغصبِ ونحوه ترغيبًا في الإسلام ، وعلى هذا القانونِ ، كان ينبغي أن لا يخير بين الأمِّ وابنتها إذا أسلم عليهما بل نقول : إن تقدم عقد البنتِ صحيحًا تعينت من غير تخيير ، وإذا أسلم على عشر نسوة لا نقضي بالتخيير مطلقًا ، بل نفرق كما قال أبو حنيفة : إن وقع منها أربع أولا على وجهِ الصحةِ تعينت دون ما بعدها وإن عقد على العشرة [8] جملةً واحدةً خيرَ بينهن لشمول البطلانِ لهن ، وكان يليق إذا حكمنا بفسادها مطلقًا أن لا نفرق بين الموانع الماضية ، وما بقي بعد الإسلام ؛ لأن الكل فاسدٌ إن كان المقصودُ هو الترغيبَ في الإسلام بسببِ تقرير فاسد عقودهم ؛ لأن الزواجَ في العدة [9] لا يزيد على قتل النفس في المفسدةِ ، وإن كان السببُ أن الإسلامَ ينزل منزلة تجديدِ العقدِ ، فيناسب التفرقة بين الماضي من الموانع والمقارن ، وينبغي إذا وطئ في الكفر في نكاح صحيح مجتمع الشروط أن ذلك يوجب الإحصان إذا اتصل به الإسلام .

1967 - فإن [10] قلت : قوله [ﷺ] [11] لغيلان [12] لما أسلم على [13] عشر نسوة : اختر أربعًا [14] وفارق

---

(1) في (ص ، ك) : [ولو] .

(2) في (ك) : [فأشبة] .

(3) في (ك) : [إن المزوج] .

(4) في (ص ، ك) : [الشروط] .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) في (ص ، ك) : [للمسلم] .

(7) في (ص) : [المسلم] .

(8) في (ط) : [العشر] .

(9) في (ط) : [العقد] .

(10) في (ط) : [قال] .

(11) في (ص ، ك) : [عليه السلام] .

(12) هو غيلان بن سلامة بن معتب ، أسلم بعد فتح الطائف ، وكان تحته عشر نسوة في الجاهلية ، فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعًا . وهو أحد وجوه ثقيف ومقدميهم ، وهو ممن وفد على كسرى ، وكان شاعر وحسنًا ، توفي آخر خلافة عمر بن الخطاب . أسد الغابة 344/4 .

(13) في (ط) : [عن] .

(14) الموطأ (الطلاق) (1071) .

سائرهن ، وفي أبي [1] داود قالَ [قيس بن الحارث [2]] [3] : أسلمت [4] وتحتي [5] ثماني نسوة فأتيت النبيَّ ﷺ فقلت له ذلك فقال : اختر أربعًا منهن [6] ، فهذه [7] الأحاديثُ تقتضي أن عقودَهن [8] فاسدةٌ [9] ، إذ لو كانتْ صحيحةً لكان السابقُ هو الصحيح ، والمتأخر هو المتعين للفساد الخامسة فما زاد عليها ، وكان الاختيارُ لا يكون إلا إذ عقد [10] واحدًا حتى لا يكون البعضُ [11] أولى بالبقاء دون البعضِ الآخر ، لكنَّ رسولَ اللّه ﷺ لما خير مطلقًا دل على أن الحكم [12] كذلك ، سواء تقدم بعض العقود أو اتحدت العقود؛ لأن هذه الأحاديث وردت في تأسيسِ قاعدةٍ وتقريرِ أصلٍ عام في الناسِ إلى يوم القيامة ، فلو كان يختلفُ الحالُ فيه لبينه [ﷺ] . [13] وإلا لزم تأخير البيانِ عن وقتِ الحاجة ، وهذا مستندٌ ظاهرٌ في فسادِ عقودهنَّ ، وأن الأوائل في حكم الأواخرِ على السويةِ ، والأواخر المتأخرات العقود فاسدةُ العقودِ ، فكذلك الأوائل .

1968 - قلت : إطلاقُ الخيارِ في هذه الأحاديثِ يحتملُ وجهين :

1969 - أحدهما أن تكونَ الأنكحةُ فاسدةً كما قلت .

1970 - والثاني أن تكون المفسداتُ الواقعة في الكفر لا تعتبر كما تقدم من مذهبنا أنهم لو اعتقدوا غصب المرأة و [14] مجرد رضاها بغير عقد ثم أسلموا على ذلك أقررناهم عليه ، فإن الإسلامَ يمنعُ من تأثيرِ المفسداتِ المتقدمة من هذا النحو ، فهكذا كونها خامسة و [15] نحو ذلك مفسدة [16] في الإسلام ، وإذا فارق [17] الكفر اعتبره [18] صاحب الشرع ترغيبًا في الإسلام ، وإذا احتمل الأمرين لم يلزم ما ذكرته من فساد العقول ،

(1) في (ط) : [ابن] ، وفي (ك) : [أبو] والصواب ما أثبتناه .

(2) هو قيس بن الحارث الأسدي . وقيل الحارث بن قيس بن عميرة ، روى عنه : حميضة بن الشمردل ، وعائذ بن نصيب وقال قيس بن الربيع : هو جدي ، كانت العرب تتحاكم إليه عن حميضة عن قيس بن الحارث قال : أسلمت ولي ثمان نسوة ، فأمرني النبي ﷺ أن أتخير منهن أربعًا . أسد الغابة 416/4 .

(3) في (ط) : [أنس بن الحرث] والصواب ما أثبتناه.

(4) في (ص ، ك) : [أسلم] .

(5) في (ص) : [معي] .

(6) أخرجه : أبو داود (الطلاق) (1914) .

(7) ساقطة من (ص) ، وفي (ك) : [هذه] .

(8) في (ص ، ك) : [عقودهم] .

(9) ساقطة من (ص) .

(10) ساقطة من (ص) ، وفي (ك) : [بالعقد] .

(11) ساقطة من (ص ، ك) .

(12) في (ص ، ك) : [حكم] .

(13) في (ص ، ك) : [عليه السلام] .

(14) في (ص ، ك) : [أو] .

(15) في (ص ، ك) : [أو] .

(16) في (ص ، ك) : [مفسد] .

(17) في (ط) : [قارن] .

(18) في (ص) : [اغتفره] ، وفي (ك) : [اغتفر] .

بل ذلك يدل على التخيير فقط [1] ، وهذا [2] مجمل ما [3] ذكرته من الفساد والصحة ، وهذا جواب سديد [4] ، وهو خير من قول جماعة من الفقهاء لعل رسول الله ﷺ كان يعلم أنه عقد عليهن عقدًا واحدًا ، فلذلك خيره ، أو كان يعتقد أنهن عنده بطريق الغصب ، والتقرير على الزوجية بالغصب ، لأن ذلك كان مذهبًا [لهم] [5] ، فإن هذا فاسد لوجهين :

1971 - أحدهما : أن الأصلَ عدمُ علمه عليه [6] السلام .

1972 - الثاني : [أن الأمر لو كان كذلك] [7] لبينهُ عليه السلام ؛ لأنه تقرير [8] قاعدة ، فيتعين إيضاحها ، وإزالة اللبس عنها ، وتبيين [9] زوالِ كل ما يوجب وهمًا فيها ، ولما لم يبين عليه السلام أني إنما حكمت في هذه القضية بهذا الحكم ؛ لأني أعلم أن [10] من أمرها أمرًا يقتضي هذا الحكم ، علمنا أن المدرك غير علمه بأمر يخصها ، بل الحكم عام في جميع صور من يسلم كيف كانت عقوده ، وهو معنى قول الشافعي رضي الله عنه تركُ الاستفصالِ في حكاياتِ الأحوالِ يقومُ مقامَ العمومِ في المقالِ ، معناه : يقوم مقام التصريحِ بأن جميعَ الصورِ حكمهَا كذلك ، وإذا ظهر [11] هذا الجوابُ ظهرَ أن الحقَّ الأبلجَ القضاءُ على عقودهم بالصحة حتى يعلم فسادها كالمسلمين ، فإنه لم يدل دليل على أن الكفر مانعٌ من عقدِ النكاح ، ولا قادح [12] في صحته [13] ، ولو أن امرأةً كافرة لها أخوان : كافرٌ ومؤمنٌ فأرادت [14] الزواجَ منعنا المسلم من تزويجهما ، وقلنا لأخيها : الكافر زوجهَا ؛ لأن المسلمَ لا ولايةَ له على الكافرِة [15] ، بل الكفارُ بعضهم [أولى ببعض] [16] ، ولو أن نكاح الكافر فاسد لقلنا لهذه الكافرة : لا سبيل لك إلى الزواج حتى تسلمي ؛ لأن الكفر أحد موانع صحة العقد عليك ، ولما لم يكن كذلك [17] دل على صحة عقودهم .

---

(1) قال البقوري : قلت : حديث غيلان يدل دلالة قوية على أن الأنكحة في الكفر فاسدة ولابد ، وما قاله [يعني القرافي] تكلف ، وشيء صعب ، وغير ظاهر ، فالحق ما عليه المذهب والله أعلم . انظر : ترتيب الفروق واختصارها للبقوري (45/2) .

(2) في (ص ، ك) : [هو] .

(3) في (ط) : [فيما] .

(4) في (ك) : [شديد] .

(5) في (ص ، ك) : [له] .

(6) ساقطة من (ك) .

(7) في (ط) : [لو كان الأمر كذلك] ، وفي (ك) [لو كان الأمن كذلك] .

(8) في (ص ، ك) : [تقرر] .

(9) زيادة من (ص ، ك) .

(10) ساقطة من (ص ، ك) .

(11) في (ص) : [أظهر] .

(12) في (ص ، ك) [ولا قادح] .

(13) في (ص ، ك) : [ضمنه] .

(14) في (ص ، ك) : [وأرادت] .

(15) في (ك) : [الكافر] .

(16) في (ص ، ك) : [أولياء بعض] .

(17) في (ص ، ك) : [ذلك] .

الفرق الثالث والخمسون والمائة

بين قاعدة زواج الإماء في ملك غير الزوج والعبيد [1] وبين قاعدة زواج الإنسان لإمائه المملوكات له [2] والمرأة لعبدها أو في غير ملكها فإنَّ الأول يصح بشرطه والثاني باطل والفرق مبني على قواعد

1973 - القاعدة الأولى : أن كلَّ تصرفٍ لا يترتب عليه مقصودُه لا يشرع ، ولذلك لا يحدُّ المجنونُ بسببِ الجناية في الصحة ، ولا السكران ؛ لأن مقصودَ [3] الحد الزجرُ بما يشاهده المكلف من المؤلماتِ والمذلاتِ والمهاناتِ في نفسه ، [وإنما يحصل ذلك] [4] بمرآة العقل ، وكذلك لا يشرع اللعان لنفي النسب في حقِّ المجبوبِ ، ولا من لا يولد له ؛ لأنه لا يلحق [5] به ذلك النسبُ ، ولا [6] يفيد اللعان شيئًا ، وكذلك لا يشرع عقد البيع مع الجهالةِ والغرر ؛ لأن مقصوده تنمية المال ، وتحصيلُ مقاصدِ العوضين ، وذلك بعيدٌ مع [7] الجهالة والغرر ، ويكفي أنه غير معلوم ولا مظنون فلا يشرع البيع ، ونظائر هذه القاعدة كثيرةٌ ، فلهذه القاعدة لا يشرعُ نكاحِ الرجل أمتَه [ولا المرأة لعبدها] [8] ؛ لأن مقاصد النكاح حاصلة قبل العقد بالملك ، فلم يحصل العقد [سببًا فلم يشرع العقد] [9] له في أمته [10] .

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3) في (ك) : [مقصوده] .

(4) في (ص ، ك) : [وذلك إنما يحصل] .

(5) في (ص) : [لحق] .

(6) في (ص ، ك) : [فلا] .

(7) زيادة من (ص ، ك) .

(8) زيادة من (ص ، ك) .

(9) زيادة من (ص ، ك) .

(10) قال البقوري : قلت : القاعدة صدقت على المجنون أنه لا يحد من حيث إن القصد بالحد الزجر ، والزجر في حق المجنون لا يصح وليس كذلك . المثال الآخر وقع لنفي النسب ، ونفي النسب معلوم أنه للمجبوب فلا فائدة في شرع اللعان ، وإنما هو طريق آخر ، وهو أشبه بمسألتنا من حيث إن نفي النسب هو المقصود باللعان ، وقد حصل كما أن الوطء هو المقصود بالنكاح ، وقد كان حاصلا بالملك بخلاف المثال الأول فإن الزجر هو المقصود بالحد وهو لا يحصل من المجنون فلم يشرع الحد .
ثم إن مسألتنا إنما هي من باب اجتماع معرفات على معرف واحد ، وذلك جائز ، وهذا كالبول والغائط والريح ، وغير ذلك فيجب لها الوضوء فكما جاز اجتماع معرفات في باب الوضوء فلم لم يجز في باب الملك ، فليس المانع ما ذكر وإنما امتنع الرجل أن يتزوج أمته لغير هذه العلة ، وليس على المعترض إبداؤها . غاية ما يقال : فمسألتنا كمسألة المجبوب فيقال : ولا هي مثلها ؛ لأن انتفاء النسب عن المجبوب عرف بدليل عقلي ، وما كان يوصل إلى معرفته بالعقل لا يحتاج الشارع إلى تعريفه . انظر : ترتيب الفروق واختصارها (46/2 ، 47) .

1974 - القاعدة الثانية : من مقتضى الزوجية قيامُ الرجل على المرأة بالحفظِ والصونِ والتأديبِ لإصلاحِ الأخلاقِ ، لقوله تعالى : ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء : 34] والاسترقاقُ يقتضي قهرَ الساداتِ ، والقيامَ على الرقيقِ للأعمالِ ، وإصلاحَ الأخلاقِ في جميع ذلك ، والاستيلاءَ بالاستهانةِ ، فيتعذر أن تكون أمةُ الإنسانِ زوجتَه ، وعبدُ [1] المرأة زوجَها ؛ لتناقض آثار الحقوقَ [2] .

1975 - القاعدة الثالثة : كلُّ أمرين لا يجتمعان يقدمُ الشرعُ أقواهَما على أضعفهما ، وكذلك العقل والعرف ، والرق أقوى من النكاح لكونه يوجب التمكن من المنافع التي بعضها حل النكاح مع صحة الإيجار [3] ، والإخدام مع ملك الرقبة ، ولا يقتضي النكاحُ غيرَ إباحةِ الوطء ، فيكونُ الملك أقوى ، فيقدم على النكاح .

1976 - وبهذه [4] القاعدة نجيبُ عن قولِ السائلِ إذا اشترى امرأته [5] انفسخَ النكاحُ السابق لطروءِ المنافي عليه ، فكذلك إذا تزوجَ أمتَه ينبغي أن يبطلَ الملك لورود المنافي عليه ، فنقولُ في الجواب : إن المدرك ليس تقديمَ الطارئ على السابقِ ، بل المدرك أن الرق أقوى وهو مقدم في الحالتين [6] ، إن تقدم قدمَ ، وإن تأخرَ قدمَ ، فإن سَبَق لا يبطلُ ، وإن طرأ أبطَل ، وهذا هو أثرُ القوةِ والرجحان فاندفع السؤالُ ، وبهذه القواعدِ الثلاث ظهرَ الفرقُ بين اجتماعِ النكاحِ والرقِ الكائنِ لغير الزوجين ، وبين امتناعِ اجتماعهما إذا كان الرق للزوجين [7] .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .

(2) قال البقوري : قلت : التناقض إنما يلزم في تزوج المرأة عبدها ، لا في تزوج الرجل أمته ، وأيضا فاختلاف الجهات كاختلاف الذات . انظر : ترتيب الفروق (47/2) .

(3) في (ك) : [الإيجاب] .

(4) في (ص ، ك) : [هذه] .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) في (ك) : [الحالين] .

(7) قال البقوري : قلت : لا يظهر بهذه القواعد الثلاث ما ذكر ، بل إنما ظهر من القاعدة الثانية كون المرأة لا تتزوج عبدها فقط ، ولم يظهر من القاعدة الأولى كون الرجل لا يتزوج أمته لما قلنا : إنه اجتماع أسباب على مسبب واحد ، وذلك جائز في الشرع وواقع ، وما ساقها هو إلا لتصحيح ذلك .

وأما القاعدة الثالثة فما هي لتصحيح شيء من ذلك ، بل هي متأخرة على صحة عدم الاجتماع ، وتفيد فائدة وهي : لما كان الملك يفسخ النكاح إذا ورد عليه ويؤثر فيه ، ولم يكن النكاح بحيث يؤثر في الملك إذا ورد عليه فيعرف الجواب عن هذا بهذه القاعدة الثالثة والله أعلم . انظر : ترتيب الفروق (48/2) .

الفرق الرابع والخمسون والمائة

بين قاعدة الحجر على النساء [1] في الأبضاع
وبين قاعدة الحجر عليهن [2] في الأموال

1977 - اعلم أن النساءَ على الإطلاقِ لا يجوزُ لامرأةٍ أن تزوجَ نفسها ، وتتصرف في بضعها كانت ثيبًا أو بكرًا ، رشيدةً في مالها أم لا ، دَيِّنَة عفيفة أم فاجرةً [3] ، وأما الأموالُ فيفرق فيها بين الرشيدة الثيبِ وغيرها ، فيجوزُ لها التصرفُ [في مالها] [4] ولا يجوز للولي الاعتراضُ عليها ، وإنَ كان أباها الذي هو أعظمُ الأولياءِ ، لأن له ولاية الجبر ، والفرق من وجوه :

1978 - أحدها : أن الأبضاعَ أشد خطرًا وأعظم قدرًا فناسب أن لا تفوض إلا لكامل العقل ينظر في مصالحها ، والأموالُ خسيسةٌ بالنسبة إليها فجازَ تفويضُها لمالكها ، إذ الأصل [5] أن لا يتصرف في المالِ إلا مالكهُ .

1979 - وثانيها : أن الأبضاعَ يعرض لها تنفيذُ الأغراضِ في تحصيلِ الشهواتِ القوية التي يبذل لأجلها عظيمُ المالِ ، ومثل هذا الهوى يغطي على عقلِ المرأةِ وجوهَ المصالح لضعفه ، فتلقي [6] نفسها لأجل هواها فيما يرديها في دنياها وأخراها ، فحجر عليها على الإطلاق لاحتمالِ توقعِ مثل هذا الهوى المفسدِ ، ولا يحصلُ في المالِ مثل هذا الهوى ، والشهوة القاهرة التي ربما حصل الجنون وذهاب العقل بسبب فواتها .

1980 - وثالثها : أن المفسدة إذا حصلت في الأبضاعِ [بسبب زواج] [7] غيرِ الأكفاءِ حصل الضررُ ، وتعدى للأولياءِ بالعارِ والفضيحةِ الشنعاءِ ، وإذا حصلَ الفسادُ في المالِ

---

(1) ساقطة من (ك) ، وفي (ط) : [النسوان] .

(2) في (ط) : [عليهم] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(3) اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط ؟ فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي ، وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري : إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز ، وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر ، وعدم اشتراطه في الثيب . انظر : بداية المجتهد (13/2) .

(4) زيادة من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [هو الأصل] .

(6) في (ص) : [فلقى] .

(7) في (ص ، ك) : [بزواج] .

لا يكاد يتعدى المرأةَ ، وليس فيه من العارِ والفضيحةِ ما في الأُبضاعِ [1] والاستيلاءِ عليها من الأرذالِ الأخسَّاءِ . فهذه [2] فروقٌ عظيمةٌ بين القاعدتين [3] .

وقد سئلَ بعضُ الفضلاءِ عن المرأةِ تزوجُ نفسهَا فقالَ في الجواب : المرأةُ محلٌّ الزللِ والعار إذا وقع لم يزل [إشارة إلى ما تقدم] [4] ، وفي الفرق مسألتان .

1981 - المسألة الأولى : قال مالكٌ والشافعي وابنُ حنبلٍ ﷺ : لا يجوزُ عقدُ المرأةِ على نفسِها ولا على غيرِها من النساءِ ، بكرًا كانت أو ثيبًا ، رشيدةً أو سفيهةً ، أذن لها الولي أم لا [5] .

1982 - وقال أبو حنيفة ﷺ : يجوز للرشيدة أن تزوج نفسها [6] ، واحتج على ذلك بوجوه .

1983 - أحدها قوله تعالى : ﴿ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ ﴾ [البقرة : 232] ، وقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ [البقرة : 230] ، فأضافَ العقدَ إليها دون الولي ، وهو ظاهرٌ في المباشرةِ ، وإذن الشرع لها في ذلك .

1984 - وثانيها : أنها متصرفةٌ في مالها ، ففي نفسِها بطريق الأولى ؛ لأنها أعلم بأغراضِها من وليها ، ومصلحة المال [التي هي] [7] التنميةُ معلومةٌ للولي كما هي معلومةٌ للمرأةِ .

---

(1) في (ك) : [الأبعاض] .

(2) في (ص ، ك) : [وهذه] .

(3) ساقطة من (ص ، ك) .

(4) زيادة من (ص ، ك) .

(5) مذهب مالك : إذا تزوج الرجل المرأة بغير ولي أنكر أن يطأها حتى يعلم الولي بنكاحه فإما أجاز وإما رد ، قيل : إن مالكًا يكره أن يُتقدم على هذا النكاح عما يكره أن يطأها ، وقال مالك : إذا زوجت المرأة نفسها بغير أمر الأولياء لا يُقر هذا النكاح أبدًا على حال ، وإن تطاول وولدت منه أولادًا لا يجوز ذلك على حال . انظر : المدونة الكبرى 151/2 ، 152 .

مذهب الشافعي : ذهب الشافعي إلى اشتراط الولي في النكاح ، فلا يجوز للمرأة أن تتولى العقد على نفسها ولا على غيرها ، وبه قال الحنابلة ، وبه يقول محمد بن الحسن من الحنفية إلا أن عنده إذا عقدت لنفسها من كفء كان العقد موقوفًا على إجازة الولي . انظر : الوسيط 59/5 .

(6) مذهب أبي حنيفة : أن للمرأة العاقلة البالغة مباشرة العقد على نفسها ، بكرًا كانت أو ثيبًا ، ولكن يستحب لها أن تكل عقد زواجها لوليها ؛ صونًا لها عن التبذل . وليس لوليها حق الاعتراض عليها إلا إذا زوجت نفسها من غير كف وهذا مذهب أبي يوسف أيضًا . وقد قيد الحنفية اعتراض الولي إذا زوجت نفسها من غير كفء بإذا لم تلد منه ، فإذا ولدت منه سقط حق الاعتراض عليها؛ صيانة للولد . انظر : المبسوط 10/5 ، 107 ، بدائع الصنائع 317/2 ، 318 .

(7) في (ص ، ك) : [الذي هو] .

1985 - وثالثها : أن الأصلَ عدمُ الحجرِ على العاقلِ البالغِ [1] ، وهي عاقلةٌ بالغةٌ فيزولُ الحجر عنها مطلقًا في نفسها ومالها .

1986 - ورابعها : قولَه [عليه الصلاة والسلام] [2] « أيما امرأة أنكحت [3] نفسهَا بغير إذن وليها فنكاحُها باطلٌ [باطلٌ باطلٌ » [4]] [5] .

و [6] الفقهاءُ يستدلون به على [بطلانِ قول أبي حنيفة [7]] ، وهو يدلُّ بمفهومه على [8] أن الولي إذا أذن لها يجوزُ عقدُها ، وهم لا يقولونَ بِه ، ويمكن الاستدلال به [9] على صحة مذهبِ أبي حنيفةَ من جهةِ أنَ عقدهاَ على نفسها إذا صحَّ مع الإذن صح مطلقًا ؛ لأنه لا قائلَ بالفرق .

1987 - والجواب عن الأول : أن النكاح حقيقةٌ في الوطءِ [10] ، ونحن نقولُ بموجبه ، فإن الوطءَ لها دونَ وليها .

1988 - فإن قلتَ : الزوجُ هو الفاعلُ لذلك دونَ المرأةِ .

1989 - قلت : مسلمٌ فيحملُ على التمكين من ذلك الفعل ؛ لأنه أقرب للحقيقة من العقد [11] ، والمجاز الأقرب يجب المصير إليه عند تعذر الحقيقة ، ويوضحه قوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾ فخاطبَ الأولياءَ بصيغةِ الأمرِ الدالةِ على الوجوبِ ولو كان ذلك للمرأة [12] لتعذر ذلك كما أنه لا يصح أن يقال للأولياء : بيعوا أموالَ النساءِ ؛ لأن التصرفَ

---

(1) في (ط) : [والبالغ] .
(2) في (ص ، ك) : [ﷺ] .
(3) في (ص ، ك) : [نكحت] .
(4) ساقطة من (ص ، ك) .
(5) (أخرجه : الترمذي (النكاح) (1021) ، أبو داود (النكاح) (1784) ، ابن ماجه (النكاح) (1870) ، الدارمي (النكاح) (2089) .
(6) ساقطة من (ص ، ك) .
(7) في (ص ، ك) : [مذهب الحنفية] .
(8) ساقطة من (ص ، ك) .
(9) زيادة من (ص ، ك) .
(10) قال البقوري : قلت : هذا لا يصح؛ لأن النكاح يطلق على العقد شرعا ، وهو على الوطء لغة ، وحمل اللفظ الشرعي على مقتضاه شرعا أرجح من حمله على مقتضاه لغة .
والجواب عندي هو أن يقول سلمنا أنها تنكح من حيث إنها تصرح بالقبول إن كانت ثيبًا ، أو تصمت إن كانت بكرا ولا يلزم من هذا أنه لا دخل للولي في النكاح ولا أنها مستبدة بذلك ، أو غير متوقفة على الولي ، والتوقف على الولي جاز . قال عليه الصلاة والسلام : « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » أخرجه الدارقطني وصححه . انظر : ترتيب الفروق واختصارها (50/2 ، 51) .
(11) النكاح حقيقة في الوطء عند أهل اللغة بلا خلاف ، أما عند الفقهاء فقيل : إنه حقيقة في العقد ، وقيل مجاز ، وقيل راجح . انظر : مواهب الجليل (403/3) .
(12) ساقطة من (ص) .

[في الأموال] [1] لهن ، وقوله ﷺ : « لا تزوج المرأةُ المرأةَ ، ولا المرأةُ نفسَها فإن الزانيةَ هي التي تزوج نفسها » [2] خرجه الدار قطني وقال إنه [3] حديث حسن [4] صحيح .

1990 - وعن الثاني : الفرقُ بين الأبضاعِ والأموال ما تقدم .

1991 - وعن الثالث : أن الدليلَ دل على مخالفة ذلك الأصل ، وهو الحديثُ والآياتُ السابقة .

1992 - وعن الرابع : أن القاعدةَ المنصوصَ عليها في أصولِ [5] الفقه أن الوصفَ [6] إذا خرج مخرج الغالبِ لا يكونُ حجة إجماعا ، وضابط ذلك أن يكونَ الوصفُ المذكورُ غالبًا على وقوعِ ذلك الحكمِ المذكورِ ، أو على تلك الحقيقة المحكوم عليها ، كقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ ﴾ [الإسراء : 310] ، فإن القتلَ الغالبَ عليه أنه [7] لا يقعُ في الأولادِ إلا لتوقعِ ضرر كالإملاقِ [8] الذي هو الفقرُ ، أو نحو ذلك [9] من الفضيحة ، فلا تكون له دلالةٌ على جوازِ القتلِ عند عدم خوف الإملاق ، وكذلك قوله ﷺ : « في الغنم السائمة الزكاة » [10] والغالبُ على الغنم السوم لا سيما أغنام الحجاز ، فلا يكون مفهومُه حجةً على عدم وجوب الزكاة في المعلوفة ، وكذلك هاهنا الغالبُ أن المرأةَ لا تقدم على زواج نفسها إلا خفية عن وليها ، وهو غيرُ آذنٍ لها في ذلك ، والعادةُ قاضيةٌ بذلكِ ، فإذا خرج مخرج الغالب فلا يكون حجةً إجماعًا .

1993 - قال صاحب الجواهر : لا خلافَ [11] عندنا أنها لا تكونُ وليًا على امرأة ، وروي عن [12] ابن القاسم أنها تكون وليةً على عبيدها ومن وصيت عليه من أصاغر الذكور دون الإناث ، والفرق من ثلاثة أوجه :

1994 - أحدها : أن للصبي أهليةُ العقدِ بعد البلوغِ ، وكذلك العبدُ بعد العتق .

1995 - وثانيها : أنهما قادرانِ على رفعِ العقدِ بعد البلوغِ [13] بالطلاق .

---

(1) ساقطة من (ص ،) .

(2) أخرجه : الدارقطني (النكاح) (25) 227/3 .

(3) في (ط) : [فيه] .

(4) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(5) في (ط) : [أصل] والصواب ما أثبتناه .

(6) في (ص ، ك) : [المفهوم] .

(7) في (ط) : [أنّ] .

(8) في (ك) : [الإطلاق] والصواب ما أثبتناه .

(9) في (ك) : [نحوه] .

(10) أخرجه ابن عساكر « في تاريخ دمشق المخطوط (115/4) بلفظ في سائمة الغنم ذكاة » .

(11) في (ك) : [لا خلاف ولا خلاف] .

(12) ساقطة من (ك) .

(13) في (ص ، ك) : [العقد] .

1996 - وثالثها : أن الولايةَ عليهما ليست لطلبِ الكفاءةِ المحتاجةِ لدقيقِ النظر ، بخلاف الأنثى في ذلك .

1997 - المسألة الثانية : في العفوِ عن الصداقِ قالَ اللّه تُعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ﴾ [البقرة : 237] أي يعفو النساء عن النصف الذي وجب لهن فيسقط ، وهذا متفق عليه بين العلماء ، ثم قال : أو « يعفو الذي بيدِه عقدةُ النكاحِ » .

1998 - قال مالك : الذي بيدهِ عقدةُ النكاحِ المشار إليه هو الأبُ في ابنته ، والسيد في أمته [1] .

1999 - وقال أبو حنيفةَ والشافعي وابنُ حنبلٍ [ﷺ] [2] : هو الزوجُ [3] واحتجوا على ذلك بوجهين :

2000 - أحدهما : أنه قد رويَ عنْ رسولِ اللّه ﷺ ذلك صريحًا [4] .

2001 - وثانيهما : أن الأصلَ يقتضي عدمَ تسليطِ الولي على مال موليته .

2002 - والجواب عن الأول : أنه ضعيفٌ لا تقوم به حجة . سلمنا صحتَه لكن لا نسلمُ أنه تفسيرٌ للآية [5] بل إخبارٌ [6] عن حال الزوج قبل الطلاق أن له أن يفعل ذلك .

2003 - وعن الثاني : أن قاعدةَ الولايةِ تقتضي تصرف الولي بما هو أحسنُ للمولى عليه ،

(1) قال مالك : إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي لأن الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج ولأن اللّه تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن فينبغي أن يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه في الموضوعين واحدًا . ولأن اللّه تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة بقوله : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ ثم قال : ﴿ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ﴾ وهذا خطاب غير حاضر . وهذا أيضًا حكي عن ابن عباس وعلقمة والحسن وطاووس والزهري وربيعة . انظر : المغني 729/6 ، أحكام القرآن للجصاص 441/1 ، أحكام القرآن لابن العربي 221/1 وما بعدها .

(2) زيادة من (ص ، ك) .

(3) قال ابن قدامة : ظاهر مذهب أحمد أن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج وهو قول الشافعي وأبي حنيفة حيث استدلوا بما رواه الدار قطني أن النبي ﷺ قال « ولي العقدة الزوج » ولأن الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فإنه يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه ، وليس إلى الولي منه شيء ، ولأن اللّه تعالى قال : ﴿ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ والعفو الذي هو أقرب إلى التقوى هو عفو الزوج عن حقه ، أما عفو الولي عن مال المرأة فليس هو أقرب إلى التقوى . انظر : المغني 730/6 ، أحكام القرآن للجصاص 441/1 ، أحكام القرآن لابن العربي 221/1 وما بعدها .

(4) يشير بذلك إلى الحديث الذي أخرجه الدار قطني في سننه حيث قال ﷺ : « ولي العقد الزوج » .

(5) في (ك) : [الآية] . (6) في (ك) : [إخطار] .

وقد يكون العفو أحسن للمرأة لاطلاعِ الولي على الترغيبِ فيها [1] لهذا الزوج أو غيره ، وأن ذلك يفضِي [2] إلى [3] تحصيل أضعافِ المعفو عنه ، فيفعل ذلك لتحصيل المصلحة ، فمنعه من ذلك تفويتٌ لمصلحةِ المرأةِ لا رفقَ بها ، ثم الآيةُ تدلُّ لنا من عشرة أوجه .

2004 - أحدها : أن الاستثناءَ من النفي إثباتٌ ، ومن الإثباتِ نفي ، والمتقدم قبل هذا الاستثناء إثبات النصف ، فعلى رأينا : تعفو المرأةُ ، فيسقط ، فتطردُ القاعدةُ ، وعلى رأيهم : يعفو الزوجُ ، فيثبتُ مع هذا النصفِ النصفُ [4] الذي تشطر بالطلاق ، فلا تطردُ القاعدةُ بوقوعِ [5] الإثباتِ بعد الإثبات .

2005 - وثانيها أن [6] الأصلَ في العطف « بأو » التشريكُ في المعنى ، فقولُه تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ ﴾ معناه الإسقاطُ ، وقولُه [7] تعالى : ﴿ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ﴾ على رأينا الإسقاط ، فيحصل التشريكُ ، وعلى رأيهم الإثباتُ فلا يحصلُ التشريكُ ، فيكون قولنا أرجح .

2006 - وثالثها : أن المفهوم من قولِنا : « إلا أن يكون كذا أو كذا » تنويعٌ لذلك [8] الكائنِ إلى نوعين ، والتنويعُ فرع الاشتراك [9] في المعنى ، ولا مشترك بين النفي والإثبات والإسقاط والإعطاء حتى يحسن تنويعه ، وعلى رأينا : المتنوع الإسقاط إلى إسقاط المرأة وإسقاط الولي فكان قولنا أرجح [10] .

2007 - ورابعها : أن العفوَ ظاهرٌ في الإسقاطِ ، وهو ما ذكرناه ، وعلى رأيهم يكونُ التزامُ ما سقط [11] بالطلاق ، والتزامُ ما لم يجب لا يسمَّى عفوًا .

2008 - وخامسها : أن إقامةَ الظاهرِ مقامُ المضمرِ خلافُ الأصلِ ، فلو كان المرادُ [12] [المرأة والزوج] [13] لقيل : إلا أن يعفون أو [تعفوا] [14] عما استحق لكم ، فلما عدل إلى الظاهر دل على أن المراد غير الزواج [15] .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .

(2) في (ص ، ك) : [يقتضي] .

(3) ساقطة من (ك) .

(4) زيادة من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [لوقوع] .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) في (ص ، ك) : [فقوله] .

(8) في (ص ، ك) : [كذلك] .

(9) في (ك) : [للاشتراك] .

(10) في (ص ، ك) : [الولي أولى] .

(11) في (ك) : [يسقط] .

(12) ساقطة من (ك) .

(13) زيادة من (ك) .

(14) في (ص ، ك) : [تعفون] .

(15) في (ص ، ك) : [الأزواج] .

2009 - وسادسها : أن المفهوم من قولنا : « بيده كذا » أي يتصرفُ فيه ، والزوجُ لاَ يتصرف في عقدِ النكاحِ ، بلِ كان يتصرف في الوطء بِالحلِ ، والولي الآن هو المتصرفُ في العقد ، فيتناوله اللفظُ دونَ الزوجِ .

2010 - وسابعها : سلمنَا أن الزوجَ بيده عقدةُ النكاح ، لكن باعتبار ما كان ومضى ، فهو مجاز ، والولي بيده عقدةُ النكاح الآن ، فهو حقيقةٌ ، والحقيقةُ [1] مقدمةٌ على المجاز .

2011 - وثامنها : أن المرادَ بقوله « إلا أن يعفون » الرشيدات إجماعًا ؛ إذ [2] المحجور عليهن لا ينفذ الشرع تصرفهن ، فالذي يحسن مقابلتهن بهن المحجوراتُ على أيدي الأولياء ، أما الأزواج فلا مناسبة فيهم [3] للرشيدات .

2012 - وتاسعها : أن الخطابَ كان مع الأزواج بقوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ سورة النساء آية وهو خطاب مشافهة ، فلو كانوا مرادين في قوله تعالى ﴿ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ﴾ لقال أو تعفوا [4] بلفظ تاء الخطاب ، فلما قال : ﴿ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ﴾ وهو خطابُ غيبة لزم تغيرُ الكلام من الخطاب إلى الغيبة ، وهو وإن كان جائزًا [5] لكنه خلاف الأصل .

2013 - وعاشرها : أن وجوبَ الصداقِ أو بعضِه قبل المسيسِ خلافُ الأصل [6] ، لأن استحقاقَ تسليمِ العوض يقتضي بقاءَ المعوض قابلًا للتسليم ، أما مع تعذره فلا بشهادة البيع ، والإجارة كذلك إذا تعذر تسليم المبيع أو المنفعة لا يجب تسليم العوض في ذلك ، فإسقاط الأولياء النصف على وفق الأصل ، وتكميل الزوج [7] على خلاف الأصل ، ولذلك قال مالك [8] في المدونة : لا يجوز ذلك للأب قبل الطلاق .

2014 - قال ابن القاسم : إلا بوجه نظر من عسر الزوج أو غيره ، ولا يلحق الوصي بالأب لقصور نظره عنه .

2015 - وفي الجلاب : لا يجوزُ للأبِ العفوَ قبلَ الطلاقِ ولا بعدَ الدخولِ ، بخلاف الطلاق قبلَ الدخولِ ، والفرقُ أن استحقاقَه بعد الطلاق قبل الدخول خلافُ الأصلِ ، فسلط الأب عليه إذا رآه نظرًا بخلاف الدخول لتعين الاستحقاق ، فغلب حق الزوجة .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2) في (ط) : [إذا] .
(3) في (ص ، ك) : [فيهن] .
(4) في (ص ، ك) : [تعفون] .
(5) في (ك) : [جائز] .
(6) في (ك) : [للأصل] .
(7) في (ط) : [للزوج] .
(8) ساقطة من (ص ، ك) .

2016 - فائدة : يروى أن بعض الأدباءِ دخل على بعضِ الخلفاءِ فأنشده هذه الأبيات :

من كان مسرورًا بمصرعِ مالكٍ فليأتِ نسوتنا بوجهِ نهارِ
يجدِ النساءَ حواسرًا يندبنهُ قد قمن قبل تبلج الأسحار
قد كن يخبأن الوجوه تسترًا والآن حين بدون للنظار

فقال [1] : كيف تقول بدأن بالهمز أو بدين بالياء ، فقال : يا أمير المؤمنين لا أقول بدين ولا بدأن بل بدون ، فقال [2] له : أصبت ، وقصد غرته من وجهين :

2017 - أحدهما : أن صدَّر البيت بالهمزِ في قوله يخبأن [الوجوه] [3] فقياسه أن يقول : بدأن مثل يخبأن بالهمز فيهما [4] ، فخطر له أنه يغتر بذلك فيخطئ فلم يفعل ذلك .

2018 - وثانيهما : في قصدِ التخطئةِ أن الواوَ تكونُ ضميرَ الفاعل [5] المذكر [6] ، فلا يجوز أن يقول : بدون بالواو ؛ لأن ضميرَ النسوةِ لا يكونُ بالواوِ ، فما حمله ذلك على الخطأ ، بل نطق بالصوابِ ، وهو الواوُ ، وما ذكرت هذه الأبيات إلا لتعلقها بالآية ، لقوله تعالى في النساء : ﴿ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ ﴾ بالواو فضعفه بعضُ الفقهاءِ بقوله : كيف يجيء ضمير المؤنث بالواو ؟ وليسَ كمَا خطر له ، وليس الواوُ هنا [7] ضميرًا ، بل من نفسِ الفعل ؛ لأنه من عفا يعفو بالواو ، وكذلك هي في الأبيات ، هو من بدا يبدو بالواو ، وشأن ضمير المؤنث الذي هو النون يحقق آخر الفعل ، فإن كان ياءً بقي ياءً ، [وإن كان واوا] [8] بقي واو ، [وإن كان] [9] همزة بقي همزة ، وأي حرف كان بقي علَى حالهِ ، مثالُ الياء قولك : رمى يرمي فتقول : النسوةُ رمين بالياء والواو كقولك : دعا يدعو ، والنسوة دعون والهمزة نحو قرأ يقرأ ، والنسوة قرأن ، فلذلك قال اللّه تعالى ﴿ يَعۡفُونَ ﴾ بالواو ، وقال الشاعر : (بدون للنظَّارِ) .

ويروى أن [10] بعض الأدباء المشهورين طرحت عليه هذه الأبيات فأخطأ فيها وقال [بدأن للنظار] . فخطئ .

وفي الأبيات سؤالٌ آخرُ مشكلٌ من جهة المعنى ، وهو أن هذا القائل قصد شيئًا وهو

---

(1) في (ص ، ك) : [وقال] .
(2) في (ك) : [فقالت] .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) في (ك) : [فيها] .
(5) في (ص ، ك) : [الفاعلي] .
(6) في (ك) : [المذكور] .
(7) في (ص ، ك) : [هاهنا] .
(8) في (ص ، ك) : [أو] .
(9) في (ص ، ك) : [أو] .
(10) في (ك) : [عن] .

[إخمال الشماتة] [1] وكلامه يقتضي تقويتها ، فإن قوله : منْ كانَ مسرورًا بوقعة مالك أو بمصرع مالك فليأت نسوتنا بوجه نهار ، وذكر من حال النسوة ما يقتضي زيادة الشماتة ، وتحقيق المصيبة ، وهتك العيال ، وتهتك الوجوه ، وهذا يزيد الشامت شماتة .

2019 - والجواب عنه : أن عادةَ العربِ أنها لا تقيمُ مأتمًا ولا تفعلُ النسوة [2] هذا الفعل إلا بعد أخذ ثأرٍ منْ يفعلُ ذلك في حقه ، ومن لا يؤخذ بثأره لا يستحق عندهم أن يقامَ له مأتم ، ولا يُبكى عليه ، لذلك قال : أيها [3] الشامت انظر كيف حالُ النسوة ، و [ذلك بذلك] [4] على أنا أخذنا بثأره [ومن أخذ بثأره] [5] وذهبت شماتة الشامت به عندهم أو خفت ، فهذا وجه هذه الأبيات .

---

(1) في (ك) : [إجمال السهابة] .

(2) في (ص ، ك) : [النساء] .

(3) في (ص ، ك) : [أي] .

(4) في (ص ، ك) : [ذلك يدلك] .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

الفرق الخامس والخمسون والمائة

بين قاعدة الأثمان في البياعات تتقرر بالعقود وبين [1] قاعدة الصدقات في الأنكحة لا يتقرر شيء منها [2] بالعقود على المشهور من مذهب مالك

وفيها ثلاثة أقوال :

2020 - أحدها : عدمُ التقررِ مطلقًا وهو المشهورُ .

2021 - وثانيها : التقررُ مطلقًا والطلاقُ مشطر .

2022 - وثالثها : [3] النصفُ يتقرر بالعقدِ والنصفُ الآخرُ غيرُ متقررٍ حتى يسقط بالطلاق ، أو يثبت بالدخولِ ، أو الموت ، وأما أثمانُ البياعاتِ [4] فلم أعلم فيها خلافًا . وسرُّ الفرقِ أن الصداقَ في النكاحِ شرطٌ في [5] الإباحةِ [6] ، وشأنُ الشرطِ أن [7] يتعين ثبوتُه عند ثبوتِ المشروطِ ، وليس الناسُ يقصدون بالصداق المعاوضةَ ، بل التجملَ ، وصاحبُ الشرع أيضًا لم يردِ المعاوضةَ بدليلِ أنه لم [8] يشترطْ فيه شروطَ الأعراض من نفي الجهالة للمرأة [9] ، بل يجوزُ العقدُ على المجهولِ [10] مطلقًا ، ولا يتعرض لتحديد مدةِ الانتفاعِ أيضًا ، وذلك وشبهه دليلٌ على عدمِ القصد إلى المعاوضة ، بل شرطُ الإباحة ، فلا يتقررُ شيء إلا عندَ الدخولِ أو الموتِ [11] ؛ لأن الصداقَ إنما التزمِ إلى أقصرِ

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .

(2) في (ط) : [منهما] .

(3) في (ص ، ك) : [الثالث] .

(4) في (ط) [البيعان] .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) قال البقوري : قلت : لقائل أن يقول هب أنه (أي اشتراط الصداق) للإباحة فمن أين يلزم أن الإباحة لا تثبت إلا بالدخول ؟ بل بنفس العقد حصلت الإباحة ، وكونه لا يطأ في الوقت ليس لأنها لم يستبح وطؤها كما هي إذا دخل بها ، فإن أرخى الستر ولم يقر بها فالإباحة محققة مع عدم الوطء فلذلك هي بنفس العقد ، وعلى هذا يصير قول من قال : الصداق عوض أو شرط للإباحة على السواء أنه يجب بالعقد من حيث إن العقد سبب ، والأصل ترتيب المسببات على أسبابها . انظر : ترتيب الفروق واختصارها (59/2) .

(7) في (ص ، ك) : [إنما] .

(8) في (ص ، ك) : [لا] .

(9) في (ص ، ك) : [بالمرأة] .

(10) في (ط) : [المجهولة] .

(11) اتفقوا على أن الصداق شرط من شروط صحة النكاح ، وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ وقوله تعالى : ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ . انظر : بداية المجتهد (26/2) .

الزوجين عمرًا ، وليس الوطأة الأولى هي مقابلةً الصداق [1] بالعوضية ؛ لأنها ليست مقصودَ العقلاءِ بالصداقِ بشهادةِ العادةِ ، وإنما الشرعُ جعله شرطًا لأصلَ [2] الإباحةِ ، فمن لاحظ هذه القاعدةَ قال بعدمِ التقررِ مطلقًا إلا بموتٍ أو فراقٍ أو دخولٍ ، ومن لاحظ قاعدةً أخرى وهي أن الأصلَ في الأعواضِ [3] وجوبُها بالعقود فإنها أسبابها ، والأصلُ ترتب المسبباتِ على أسبابها ، فيجبُ الجميعُ [4] بالعقد كثمن المبيع ، ومنْ لاحظ قاعدةً أخرى وهي أن ترتيبَ الحكم على الوصفِ يدلُّ على سببيته له ، وقد قال اللّه تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : 237] فرتب النصفَ على الطلاقِ ، فيكون سببه ، فيجبُ النصفُ بالطلاقِ خاصة ، ويبقى التكميل موقوفًا على سببٍ آخرَ ، وهو الموتُ أو الدخولُ فهذا تحرير الفرق بين البابين [5] .

(1) في (ص ، ك) : [بالصداق] .
(2) في (ص ، ك) : [شرط أصل] .
(3) في (ك) : [الأعراض] .
(4) في (ك) : [الجمع] .
(5) اتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول والموت . أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ﴾ وأما وجوبه بالموت فقد انعقد الإجماع على ذلك . واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شروطه بل يجب بالدخول والخلوة وهو الذي يعنون بإرخاء الستور ؟ فقال مالك والشافعي وداوود : لا يجب بإرخاء الستور إلا نصف المهر ما لم يكن المسيس ، وقال أبو حنيفة : يجب المهر بالخلوة نفسها إلا أن يكون محرما أو مريضا ، أو صائما في رمضان ، أو كانت المرأة حائضا . وقال ابن أبي ليلى : يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئا ... ونص في المطلقة قبل المسيس أن لها نصف الصداق فقال تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ . انظر : بداية المجتهد لابن رشد (31/2 ، 32) .

الفرق السادس والخمسون والمائة

بين قاعدة ما يجوز [اجتماعه] [1] مع البيع
وبين قاعدة ما لا يجوز اجتماعه معه

2023 - اعلم أن الفقهاء جمعوا أسماء العقود التي لا يجوز اجتماعها مع البيع في قولك « جص مشنق » فالجيم للجعالة ، والصاد للصرف ، والميم للمساقاة ، والشين للشركة ، والنون للنكاح ، والقاف للقراض .

2024 - والسر في الفرق أن العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمها [2] في مسبباتها بطريق المناسبة ، والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين ، فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد ، فلذلك اختصت العقود التي لا يجوز اجتماعها مع البيع كالإجارة ، بخلاف الجعالة للزوم الجهالة في عمل الجعالة ، وذلك ينافي البيع ، والإجارة مبنية على نفي الغرر والجهالة له [3] ، وذلك [موافق للبيع] [4] ، ولا يجتمع [5] النكاح والبيع لتضادهما في المكانية [6] في العوض والمعوض [7] بالمسامحة في النكاح ، والمشاحة [8] في البيع ، فحصل التضاد ، والصرف مبني على التشديد ، وامتناع الخيار والتأخير ، وأمور كثيرة لا تشترط في البيع ، فضاد البيع الصرف ، والمساقاة والقراض فيهما [9] الغرر ، والجهالة كالجعالة وذلك مضاد للبيع ، والشركة فيها صرف أحد النقدين بالآخر من غير قبض ، فهو صرف غير ناجز ، وفي الشركة مخالفة الأصول ، والبيع على وفق الأصول ، فهما متضادان ، وما لا تضاد فيه يجوز جمعه مع البيع . فهذا وجه الفرق .

---

(1) في (ك) : [إجماعه] .
(2) في (ط) : [حكمتها] .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) في (ص ، ك) : [يوافق للبيع] .
(5) في (ص ، ك) : [يجمع] .
(6) في (ص ، ك) : [المكانية] .
(7) في (ط) : [المعوض] .
(8) في (ص ، ك) : [التضاد] .
(9) في (ص ، ك) : [فهما] .

الفرق السابع والخمسون [1] والمائة

بين قاعدة البيع والطلاق [2] توسع العلماء فيهما [3] حتى جوز مالك البيع بالمعاطاة ، وهي الأفعال دون شيء من الأقوال وزاد على ذلك حتى قال : كل ما عد الناس بيعًا فهو بيع ، وقاعدة النكاح وقع التشديد فيها في اشتراط الصيغ حتى لا أعلم أنه [4] وجد لمالك القول بالمعاطاة فيه البتة بل لابد من لفظ

2025 - قال صاحب الجواهر : ينعقد بكل لفظ يقتضي التمليك على التأبيد ، كالنكاح والتزويج والتمليك والبيع والهبة ونحوها .

2026 - قال القاضي أبو الحسن [5] : ولفظ الصدقة .

2027 - وقال الأصحاب : إن قصد بلفظ الإباحة النكاح صح ، ويضمن [6] المهر ، فيكفي [7] قول الزوج قبلت بعد الإيجاب من الولي ، ولا يشترط قبلت نكاحها ، ولو قال للأب [8] في البكر أو بعد الإذن في الثيب : زوجني ، فقال : فعلت أو زوجتك ، فقال : لا أرضى ، لزمه النكاح لاجتماع جزأي العقد ، فإن السؤال رضى في العادة أيضا [9] .

2028 - وقال صاحب المقدمات : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج دون غيرهما من ألفاظ العقود .

2029 - وفي الهبة قولان : المنع كمذهب الشافعي ، والجواز كمذهب أبي حنيفة ؛ لأن

---

(1) ساقطة من (ك) .
(2) زيادة من (ص ، ك) .
(3) في (ط) : [فيه] .
(4) ساقطة من (ك) .
(5) هو عبيد الله بن الحسين ، أخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن أبيه وجده ، وانتهت إليه رئاسة الحنفية بعد أبي خازم ، وكان له طبقة عالية ، عدوه من المجتهدين في المسائل ، وله المختصر ، وشرح الجامع الصغير ، وشرح الجامع الكبير ، تفقه عليه أبو بكر الرازي أحمد الجصاص وأبو علي الشاشي وأبو القاسم التنوخي وغيرهم .
والكرخي نسبة إلى كرخ قرية بنواحي العراق توفي سنة 340 . ترجمته في : تاريخ بغداد (353/10 ، 355) . الأنساب 235 ظ ، اللباب (436/1) ، الكامل (495/8) شذرات الذهب (358/2) الجواهر المضيئة (493/2) الفوائد البهية (108) .
(6) في (ص) ، (ك) : [ويتضمن] .
(7) في (ص ، ك) : [ويكفي] .
(8) في (ص) ، (ك) : [الأب] .
(9) ساقطة من (ص ، ك) .

الطلاق يقع بالصريح والكناية ، فكذلك النكاح [1] .

2030 - ويرد عليه أن الهبة لا تنعقد بلفظ النكاح ، فكذلك النكاح لا ينعقد بلفظ الهبة ، وأن النكاح مفتقر إلى الصريح ليقع الإشهاد عليه [2] .

2031 - وقال صاحب الاستذكار ابن عبد البر : أجمعوا على أنه لا ينعقد بلفظ الإحلال والإباحة ، فتقاس عليه الهبة .

2032 - وقال ابن[3] العربي [4] في القبس [5] : جوزه أبو حنيفة بكل لفظ يقتضي

---

(1) مذهب المالكية : يجتمع النكاح بلفظ « الهبة » إذا ذكر معه الصداق ، أما ألفاظ « البيع » « والصداق » وما يماثلها ، فاختلفوا فيه ، فرجح بعضهم الانعقاد به إن سمى الصداق ، ورجح بعضهم عدم الانعقاد به مطلقًا . انظر : حاشية الدسوقي 221/2 . وقال ابن رشد في المقدمات : ينعقد النكاح بلفظ النكاح ولفظ التزويج ولا ينعقد بما سوى ذلك من العقود حاشا الهبة ، فإنه قد اختلف هل ينعقد النكاح بها أما لا على قولين ؟ أحدهما : أنه لا ينعقد بها وهو قول الشافعي ، والثاني : أنه ينعقد بها وهو مذهب أبي حنيفة ويلزم ، ويكون فيه صداق المثل ، كنكاح التفويض سواء ، وقد روي عن ابن حبيب نحوه ، وأما مالك ﷺ فاضطرب في ذلك قوله للاختلاف الحاصل فيه بين أهل العلم قبله وبالله التوفيق . انظر : مقدمات ابن رشد 57/2 .

وقد نص الشافعي ﷺ على أن النكاح ينعقد بالاستيجاب والإيجاب وقال : إن الصريح هو كلمة « النكاح » و « التزويج » فلا يقوم لفظ آخر مقامها ؛ لأن النكاح يشتمل على أحكام غريبة لا يحيط بجميعها لفظ من حيث اللغة ، فيتعين اللفظ المحيط بها شرعًا ؛ ولذلك لا تريد أيضًا في صرائح الطلاق على ما ورد في القرآن . وقال ما يفيد معنى التمليك . انظر : الوسيط للغزالي 44/5 ، 45 ، بدائع الصنائع 344/2 وما بعدها (ط . دار الفكر) .

(2) جاء في بداية المجتهد قوله : اتفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح وكذلك بلفظ التزويج ، واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع ، أو بلفظ الصدقة ، فأجازه قوم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به ؟ أم ليس من صحته اعتبار اللفظ ؟ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال : لا نكاح منعقد إلا بلفظ النكاح ، أو التزويج ومن قال : إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارًا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأي لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعي من ذلك . انظر : بداية المجتهد لابن رشد (7/2 ، 8) .

(3) ساقطة من (ط) .

(4) هو : أبو بكر بن عبد الله بن العربي الإشبيلي ، تفقه على الغزالي والطرطوشي والتبريزي وصحب ابن حزم سبعة أعوام . قالوا عنه : كان ثاقب الذهن ، عذب المنطق كريم الشمائل ، ولي قضاء إشبيلية فحمدت سيرته . قال ابن النجار : حدث ببغداد ، وصنف في الفقه والأصول وعلوم القرآن والأدب والنحو والتواريخ ، من تواليفه : عارضة الأحوذي في شرح جامع بن عيسى الترمذي ، « والمحصول » و« الأصناف » توفي سنة 543 هـ ، وقيل : سنة 546 هـ . شذرات الذهب (141/4 ، 142) . سير أعلام النبلاء (29/51 ، 33) .

(5) القبس : للحافظ أبي بكر ابن العربي المالكي المتوفى سنة (543 هـ) .
واسم الكتاب « القبس في شرح موطأ مالك » (كشف الظنون) (1315/2) دار الكتب العلمية بيروت ، 1413 هـ .

التمليك على التأبيد ، وجوزه مالك بكل لفظ يفهم منه [1] المتناكحان مقصودهما .

2033 - وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بلفظ التزويج والنكاح ، لأنهما المذكوران في القرآن في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم [من النساء] [2] ﴾ [النساء : 22] وقوله تعالى : ﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَٰكَهَا ﴾ [الأحزاب : 37] ووافقه أحمد بن حنبل ، وأجابوا عما احتج به مالك مما [3] ورد في الحديث وهو قوله ﷺ « ملكتكها بما معك من القرآن » [4] أن الحديث ورد بألفاظ مختلفة ، والقصة واحدة ، فيستحيل اجتماعها [5] بل الواقع أحدها ، والراوي روى بالمعنى ، فلا حجة فيه ، ولم يستثن أبو حنيفة غير الإجارة والوصية و [6] الإحلال ، وجوزه بالعجمية ، وإن قدر على العربية ، وجوز الجواب من الزوج بقوله : فعلت ، فهذه نصوص العلماء على اختلافها لم يقل فيها أحد بالمعاطاة ، كما قالوه في البيع ، والفرق مبني على خمس قواعد :

2034 - القاعدة الأولى : أن الشهادة شرط في النكاح إما مقارنة [7] للعقد كما قال [8] الشافعي [9] ، أو قبل الدخول كما قال [10] مالك [11] ، وعلى التقديرين فلا [12] بد من لفظ يشهد عليه أنه تزويج لا زِنًا وسفاح ، والبيع لما لم يكن الإشهاد فيه شرطًا جوزوا فيه المناولة [13] .

---

(1) زيادة من (ك) .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3) في (ك) : [بما] .

(4) أخرجه : مسلم (النكاح) (2554) .

(5) في (ص ، ك) : [اجتماعهما] .

(6) ساقطة من (ك) .

(7) في (ك) : [مقاربة] .

(8) في (ك) : [قاله] .

(9) مذهب الشافعية : لا ينعقد النكاح إلا بحضور عدلين ، ولا ينعقد بحضور رجل وامرأتين خلافًا لأبي حنيفة ، وقد قال مالك : يكفي الإعلان ، ولكن يلزم أن يشهد الشهود عند البناء ، حتى إن دخلا بلا إشهاد انفسخ النكاح ، وعن الإمام أحمد روايتان في الإشهاد ، والمشهور عنه اشتراطها . انظر : الوسيط 53/5 ، 54 .

(10) في (ك) : [قاله] .

(11) اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح ، واختلفوا هل هي شرط يؤمر به عند الدخول ، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد . انظر : بداية المجتهد (25/2) .

(12) في (ص ، ك) : [لا] .

(13) من أركان البيع الصيغة ، أو ما قام مقامها مما يدل على الرضا ، وإن كان ما يدل على الرضا معاطاة من الجانبين . انظر : الشرح الصغير (14/3) .

2035 - القاعدة الثانية : أن [1] قاعدة الشرع أن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه ، وكثرت [2] شروطه ، وبالغ إبعاده إلا لسبب [3] قوي ، تعظيمًا لشأنه ، ورفعًا لقدره ، وهو شأن في [4] الملوك في [5] العوائد ، ولذلك : إن المرأة النفيسة في مالها وجمالها ودينها ونسبها لا يوصل إليها إلا بالمهر الكثير ، والتوسل العظيم ، وكذلك المناصب الجليلة ، والرتب العلية في العادة ، وأما في الشرع فالذهب والفضة لما كانا رؤوس الأموال ، وقيم المتلفات شدد الشرع [في المعاوضة] [6] فيهما ، فاشتراط [7] المساواة والتناجز وغير ذلك من الشروط التي لم يشترطها في البيع في سائر العروض ، والطعام لما كان قوام بنية [8] الإنسان منع بيعه نسيئة بعضه ببعض ، ومنع مالك بيعه قبل قبضه دون غيره من السلع ، فكذلك النكاح عظيم الخطر جليل المقدار؛ لأنه سبب بقاء النوع الإنساني المكرم ، المفضل على جميع المخلوقات ، وسبب العفاف [9] الحاسم لمادة الفساد ، واختلاط الأنساب ، وسبب المودة [10] والمواصلة والسكون وغير ذلك من المصالح ، فلذلك شدد الشرع فيه ، فاشترط [11] الصداق والشهادة والولي وخصوص الألفاظ دون البيع .

2036 - القاعدة الثالثة : كل حكم شرعي لا بد له من سبب شرعي ، وإباحة المرأة حكم فله سبب يجب تلقيه من السمع ، فمالم يسمع من الشرع لا يكون سببًا ، وعلى هذه القاعدة اعتمد الشافعي [ﷺ] [12] والمغيرة [13] من أصحابنا ، وهو ظاهر ما [14] نقله ابن رشد في « المقدمات » عن المذهب .

2037 - القاعدة الرابعة : الشرع قد ينصب خصوص الشيء سببًا كالزوال ورؤية الهلال

---

(1) ساقطة من (ص) .

(2) في (ص) ، (ك) : [كثر] .

(3) في (ك) : [سبب] .

(4) زيادة من (ص ، ك) .

(5) في (ص) ، (ك) : [و] .

(6) زيادة من (ص ، ك) .

(7) في (ص ، ك) [باشتراط] .

(8) في (ص ، ك) : [أبنية] .

(9) في (ص) ، (ك) : [العقاب] .

(10) في (ص ، ك) : [الموادة] .

(11) في (ك) : [باشتراط) .

(12) زيادة من (ص ، ك) .

(13) المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي الإمام الفقيه ، أحد من دارت عليه الفتوى بالمدينة بعد مالك ، وأخذ أصحاب الترجيح في المذهب سمع أباه وهشام بن عروة وأبا الزناد ومالكا وعنه أخذ جماعة ، أخرج له البخاري . ولد سنة (134 هـ) وتوفي سنة (188 هـ) . ترجمته في : شجرة النور الزكية (56) .

(14) في (ط) : [مما] .

لوجوب الظهر ووجوب الصوم [1] ، والقتل العمد و [2] العدوان سبب القصاص [3] ، وقد ينصب مشتركًا بين أشياء سببًا ، ويلغى خصوصاتها كألفاظ الطلاق ، فإن المنصوب [منها سببًا ما دل على انطلاق المرأة من عصمة الرجل ، وألفاظ القذف المنصوب منها سببًا [4]] [5] ما دل على نسبة المقذوف إلى الزِّنَا و [6] اللواط ، وألفاظ الدخول في الإسلام المنصوب منها سببًا ما دل على مقصود الرسالة النبوية ، والنكاح عندنا على ما حكاه صاحب الجواهر من هذه القاعدة ، ويدل على ذلك أنه ورد بألفاظ مختلفة في الكتاب والسنة والأصل فيها [7] عدم اعتبار الخصوص ، فيتعين العموم وهو المطلوب .

2038 - القاعدة الخامسة : يحتاط [8] الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة؛ لأن التحريم يعتمد المفاسد فيتعين الاحتياط له ، فلا يقدم على محل فيه المفسدة إلا بسبب قوي يدل على زوال تلك المفسدة أو يعارضها ؛ ويمنع الإباحة و [9] ما فيه مفسدة بأيسر الأسباب دفعًا للمفسدة بحسب الإمكان ، ولذلك حرمت المرأة بمجرد عقد الأب ، ولا تحل المبتوتة إلا بعقد ووطء حلال ، وطلاق ، وانقضاء عدة من عقد الأول ؛ لأنه خروج من [10] حرمة إلى إباحة ، فلهذه [11] القاعدة أوقعنا الطلاق بالكنايات ، وإن بعدت حتى أوقعه مالك بالتسبيح والتهليل ، وجميع الألفاظ إذا قصد بها الطلاق ؛ لأنه خروج من الحل ، فيكفي فيه أدنى سبب ، ولم يجز [12] النكاح بكل لفظ ، بل بما فيه قرب من مقصود النكاح ؛ لأنه خروج من الحرمة إلى الحل ، وجوزنا البيع بجميع الصيغ ، والأفعال الدالة على الرِّضَا بنقل الملك [13] في العوضين ؛ لأن الأصل في السلع الإباحة حتى تملك ، بخلاف

---

(1) أشار القرافي هنا إلى حكمين بطريق اللف والنشر المرتب كما يقول البلاغيون ، فالحكم الأول : هو أن الزوال سبب لوجوب الظهر وقد جاء في الشرح الصغير « الوقت المختار للظهر من الزوال لآخر القامة بغير ظل الزوال » الشرح الصغير (219/1) . والحكم الثاني : هو أن رؤية الهلال سبب لوجوب الصوم لقوله تعالى : ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ .

(2) زيادة من (ك) .

(3) اتفق الفقهاء على أن القاتل الذي يقتص منه يشترط فيه اتفاق أن يكون عاقلا بالغا مختارا للقتل مباشرا غير مشارك فيه غيره . انظر : بداية المجتهد (576/2) .

(4) ساقطة من (ك) .

(5) ساقطة من (ص) .

(6) في (ط) : [أو] .

(7) ساقطة من (ص ، ك) .

(8) في (ص ، ك) : [يحتاج] .

(9) زيادة من (ص ، ك) .

(10) في (ط) : [عن] .

(11) في (ص ، ك) : [ولهذه] .

(12) في (ص ، ك) : [يجوز] .

(13) في (ط) : [المالك] .

النساء ، ولأن [1] الأصل فيهن التحريم حتى يعقد عليهن بملك أو نكاح ، ولعموم الحاجة للبيع [2] ، ولقصوره في الاحتياط عن الفروج ، فإذا أحطت بهذه القواعد ظهر لك سبب اختلاف موارد الشرع في هذه الأحكام وسبب اختلاف العلماء ، ونشأت لك الفروق والحكم ، والتعاليل .

(1) زيادة من (ص ، ك) .

(2) في (ص) : [إلى البيع] .

الفرق الثامن والخمسون والمائة

بين قاعدة المعسر بالدين ينظر
وبين قاعدة المعسر بنفقات الزوجات لا ينظر

2039 - اعلم أن المعسر عندنا وعند الشافعي ﷺ يفسخ عليه نكاحه بطلاق في حق من ثبت لها الإنفاق .

2040 - وقال أبو حنيفة ﷺ لا يطلق عليه بالإعسار ؛ لأن اللّه تعالى أوجب إنظار المعسر بالدين [في قوله] [1] تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : 280] فهاهنا أولى ؛ لأن بقاء الزوجية مطلوب لصاحب الشرع ، وقياسًا على النفقة في الزمان الماضي فإنه لا يطلق بها إجماعًا ، ولأن عجزه عن نفقة أم ولده لا يوجب بيعها ولا خروجها عن ملكه ، فكذلك الزوجة .

2041 - **والجواب عن الأول** : أنا لم نلزمه النفقة مع العسرة ، وهو نظير الإلزام بالدين ، وإنما أمرناه برفع ضرر يقدر عليه ، وهو إطلاقها لمن ينفق عليه ، وهو الجواب عن النفقة في الزمان الماضي .

2042 - **والجواب عن الثالث** [2] : أن رفع الضرر عن أم الولد له طريق آخر [3] وهو تزويجها ، وهذا الطريق متعذر هاهنا ، فيتعين الطلاق ؛ لأن القاعدة أن المقصد [4] إذا كان له وسيلتان فأكثر لا يتعين إحداهما [5] عينًا ، بل يخير بينهما كالجامع إذا كان له طريقان مستويان يوم الجمعة لا يجب سلوك أحدهما عينًا بل يخير بينهما ، وكذلك السفر إلى الحج في البر والبحر المتيسرين ، لا يتعين أحدهما ، وهو كثير في الشريعة [6] ، وكذلك أم الولد تعددت أسباب زوال الضرر عنها ، فلم [7] يتعين خروجها عن ملكه ، وفي الزوجات [8] اتحدت الوسيلة وسبب الخروج عن الضرر ، فأمر به عينًا .

2043 - ويؤيد ما قلناه ما خرجه البخاري ، قال [9] قال : رسول اللّه ﷺ : « أفضل

---

(1) في (ص ، ك) : [بقوله] .
(2) كذا فيما بين أيدينا من نسخ والصواب الثاني .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) في (ص ، ك) : [القصد] .
(5) في (ط) : [أحدهما] .
(6) في (ط) : [الشرعية] .
(7) في (ص ، ك) : [ولم] .
(8) في (ص ، ك) : [الزوجة] .
(9) ساقطة من (ص ، ك) .

الصدقة ما ترك غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول ، [تقول المرأة] [1] إما أن تطعمني وإما أن تطلقني ، ويقول العبد : أطعمني واستعملني ، ويقول الولد : إلى من تدعني » [2] وقوله تعالى : [3] ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ [البقرة : 229] والإمساك على الجوع ، والعري ليس من المعروف ، فيتعين التسريح بالإحسان [4] .

---

(1) في (ص ، ك) : [المرأة تقول] .
(2) أخرجه : البخاري (النفقات) (4936) .
(3) ساقطة من (ط) .
(4) قال البقوري : قلت : كلام شهاب الدين ﷺ في هذه القاعدة هو هذا ، وأول ذكر القاعدة والفرق يشعر أن النفقة لم يقع فيها إنظار والدين وقع فيه ، وبسط الكلام في القاعدة يحقق أن الإنظار وقع في النفقة عند المعسر كما وقع في الدين من حيث اعتبار الزمان الماضي في التفقه ، وأمر الطلاق في الحال إنما هو لرفع الضرر فلا يقال انظر ولا لم ينظر والله أعلم . انظر : ترتيب الفروق (57/2 ، 58) .

الفرق التاسع والخمسون والمائة

بين قاعدة أولاد الصلب والأبوين في إيجاب النفقة لهم خاصة وبين قاعدة غيرهم من القرابات

2044 - اعلم أن مالكًا أوجب النفقة لأولاد الصلب والأبوين خاصة [1] ، وأوجبها الشافعي لكل من هو بعض من الآباء والأمهات وإن علوا ، والأولاد وإن سفلوا [2] ، لقوله [3] تعالى : ﴿ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ﴾ [الإسراء : 23] ولقوله تعالى : ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ [لقمان : 15] وليس من الإحسان والمعروف [4] تركهما بالجوع والعري ، ولقوله ﷺ في البخاري : « يقول لك ولدك إلى من تكلني [5] » الحديث ، وأب الأب أب ، وأم الأم أم ، وابن الابن ابن .

2045 - وقال أبو حنيفة ﷺ [6] تجب النفقة لكل ذي رحم محرم [7] لقوله تعالى : ﴿ وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ ﴾ [الإسراء : 26] و [8] أجمعنا على تخصيص من ليس بمحرم ، وبقي من عداه على مقتضى [9] العموم ، ولقوله تعالى : ﴿ وَأُو۟لُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ [الأحزاب : 6] .

---

(1) مذهب المالكية فيمن تجب له النفقة : - أنه لا يجب على الإنسان نفقة على أحد من جهة القرابة إلا الأبناء الصغار الفقراء ، والأبوين ، إذا كانا فقيرين لا يقدران على الاكتساب ، مسلمين كانا أو كافرين . ولا يلزم الإنفاق على جد ولا على أحد من الأخوة وسائر ذوي المحارم ، ولا على بني البنين ولا على بني البنات . انظر : حاشية الدسوقي 522/2 ، 523 .

(2) مذهب الشافعية قالوا : إن النفقة تجب بقرابة البعضية ، فتجب على الوالد للولد ، والعكس . وسواء ، فيه الأب والأم ، والأجداد والجدات وإن علوا ، والبنون والبنات والأحفاد وإن نزلوا ، الذكر والأنثى ، والوارث وغيره ، والمسلم والكافر من الطرفين ، ولا يلحق بالأصول والفروع سائر الأقارب ، كالأخ والأخت ، والعم والخال ، والعمة والخالة وغيرهم . انظر : الوسيط للغزالي 228/6 .

(3) في (ص ، ك) : [وبقوله] .

(4) زيادة من (ص ، ك) .

(5) أخرجه أحمد في المسند (252/2) .

(6) في (ص ، ك) : [عنهم أجمعين] .

(7) مذهب الحنفية قالوا : إن على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده - إذا كانوا فقراء - وإن خالفوه في دينه . ولا تجب - مع اختلاف الدين - إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات ، والولد ، وولد الولد . ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ، وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني . والنفقة واجبة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيرًا فقيرًا ، أو كانت امرأة بالغة فقيرة ، أو كان ذكرًا بالغًا فقيرًا ، وذوو الرحم المحرم كالإخوة والأخوات ، والأعمام والعمات ، والأخوال والخالات ، ولا تجب النفقة لرحم ليس بمحرم . انظر : بدائع الصنائع (ط . دار الفكر 43/4 وما بعدها) .

(8) ساقطة من (ص ، ك) .

(9) زيادة من (ص ، ك) .

2046 - والجواب عما قاله الشافعي رحمه الله [1] أولًا : أنا لا نسلم أن لفظ الأب والأم والابن يتناول غير الأدنين من هذا الفرق ، ويدل على ذلك أن اللّه تعالى فرض للأم الثلث [2] ولم تستحقه الجدة ، وحجب الأخوة بالأب ولم يحجبهم بالجد ، وأن بنت الابن لها السدس مع بنت الصلب بخلاف بنت الصلب مع أختها ، فلو كانت هذه الألفاظ تتناول هذه الطبقات على اختلافها بطريق التواطؤ حقيقة لزم تعميم الحكم [3] فيها كلها على السواء ، وإلا لزم [4] ترك العمل بالدليل ، وهو خلاف الأصل ، فدل ذلك على أن اللفظ إنما يتناول هذه الطوائف بطريق المجاز ، والأصل عدم المجاز ، حتى يدل دليل عليه ، بل يجب التمسك بالحقيقة والاقتصار عليها حتى يدل دليل على غيرها [5] ، ثم إن [6] اللازم [7] هنا [8] الجمع بين الحقيقة والمجاز ، وهو مجاز مختلف فيه بين العلماء ، هل يجوز في لسان العرب أم لا ؟ ونحن في [9] المجاز المجمع عليه في لسان العرب لا نعدل باللفظ إليه إلا بدليل ، والحمل عليه من غير دليل خطأ قطعا ، فهاهنا بطريق الأولى لكونه ضعيفًا من جهة أنه مجاز ، وأنه مختلف في جوازه لغة ، وهذا هو الفرق ، وهو فرق جلي جدًّا [10] .

2047 - والجواب عما قاله أبو حنيفة [رضي الله عنه] [11] : عن الأول : أن اللّه تعالى إنما أمر بما هو حق لذوي [12] القربى ، والنزاع في النفقة هل هي حق لهم أم لا ، فلا نسلم تناول اللفظ لها حينئذ ، فلا دليل في الآية .

2048 - والجواب عن عموم [13] الثاني : أنه عام في ذوي الأرحام ، مطلق فيما هم فيه

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .

(2) هذا إذا تقرر الأبوان فيكون للأم الثلث ، وللأب الباقي لقوله تعالى : ﴿ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ ، أما إذا كان للإبن ولد ، أو ولد ابن فلكل واحد من الأبوين السدس لقوله تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾ . انظر : بداية المجتهد (507/2) .

(3) في (ص ، ك) : [الأحكام] .

(4) في (ص ، ك) : [يلزم] .

(5) قال ابن الشاط : قلت : لا دليل له فيما استدل به على مراده من أن لفظ الأب وما معه لا يتناول غير الأدنين إلا مجازا لاحتمال أن يكون الأمر في تلك الألفاظ بعكس دعواه ، وذلك أن يكون تناول الأدنين وغيرهم ، لكن وقع التجوز بقصرها على الأدنين ، فيحتاج إذ ذاك إلى قرينة تخصها بالأدنين أو إلى دليل يدل على أن هذا المجاز انتهى إلى أن صار عرفا . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 147/3 .

(6) زيادة من (ص ، ك) .

(7) في (ك) : [الأم] .

(8) في (ص ، ك) : [هاهنا] .

(9) زيادة من (ص ، ك) .

(10) ساقطة من (ص ، ك) .

(11) في (ص ، ك) : [رحمه الله] .

(12) في (ص ، ك) : [ذي] .

(13) زيادة من (ص ، ك) .

أولى ، فإن لفظ أولى نكرة في سياق الإثبات [1] ، وذلك لا عموم فيه ، فنحمله على ولاية النكاح ، والمعاضدة [2] ، والمناصرة المجمع عليها ، فإنهم أولى بنصر بعضهم بعضًا ، والإحسان إلى بعضهم بعضًا ، بالنصرة إجماعًا ، وإذا أجمع على إعمال المطلق في صورة ، وأنها مراده من النص ، سقط الاستدلال به إجماعًا ، إذ لو عدي حكمه إلى صورة أخرى لكان عامًّا لا [3] مطلقًا ، والتقدير أنه مطلق هذا خلف ، وكما يمتنع جعل العام مطلقًا بغير دليل ، يمتنع جعل المطلق عامًّا بغير دليل فظهر من هذه الاستدلالات وهذه الأجوبة صحة مذهب مالك ، وتفضيله على غيره في هذه المسألة ، وظهر الفرق أيضًا من خلال ذلك ظهورًا بينا [4] .

---

(1) في (ص ، ك) : [الثبوت] .

(2) في (ط) : [المعاوضة] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(3) ساقطة من (ك) .

(4) قال ابن الشاط : قلت : لم يظهر ما قاله لاحتمال أن تكون تلك الألفاظ تتناول غير الأدنين بالوضع الأصلي ووقع التجوز بقصرها على الأدنين والله أعلم انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 148/3 .

الفرق الستون والمائة

بين قاعدة المتداعيين شيئًا لا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة [1] وبين قاعدة المتداعيين من الزوجين في متاع البيت يقدم كل واحد منهما فيما يشبه أن يكون له

2049 - قال مالك في المدونة : إذا اختلفا وهما زوجان ، أو عند الطلاق ، أو الورثة بعد الموت والزوجان حران ، أو عبدان أو أحدهما ، مسلمان أو أحدهما قضي للمرأة بما هو شأن النساء ، وللرجل بما هو شأن الرجال ، وما يصلح لهما قُضي به للرجل [2] ؛ لأن البيت بيته في مجرى العادة ، فهو تحت يده ، فيقدم لأجل اليد ، ووافق مالكًا أبو حنيفة والفقهاء السبعة [3] ﷺ أجمعين .

2050 - وقال الشافعي : لا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة كسائر المدعين ، وقياسًا على الصَّباغ والعطار إذا تداعيا آلة العطر أو الصبغ ، فإنه لا يقدم أحدهما على الآخر [إلا بحجة ظاهرة] [4] وإن شهدت العادة بأن آلة العطر للعطار وآلة الصبغ للصباغ [5] فكذلك هاهنا .

2051 - قال ابن يونس : إذا فرعنا على مذهب مالك يحلف من قضي له .

2052 - وقال سحنون : ما عرف لأحدهما لا يحلف .

2053 - وقال ابن القاسم : ما كان شأن الرجال وشأن النساء قسم بينهما بعد أيمانهما لاشتراكهما في اليد ، وما ولي الرجل شراءه من متاع البيت [6] ، وشهدت له [7] البينة أخذه بعد يمينه ما اشتراه إلا له ، وكذلك المرأة ، فإن اختلفا في البيت نفسه فهو للرجل ؛ لأنه ملكه في غالب العادة ، ولأن يده عليه .

---

(1) في (ك) : [ظاهر] .

(2) قال مالك : أما الصداق فالقول قول المرأة لأنه قد دخل ، وأما المتاع فالقول قوله لأنه يقول : لم أدخل بها ولأن المتاع لا يقضى عليه به ، فالقول فيه قوله ؛ لأنه يقول : أنا ممن طلق قبل أن يمس وقد فرضت ، فليس عليَّ إلا نصف الصداق ، ولا تصدق هي عليَّ في الصداق وتصدق في المتاع .
انظر : المدونة الكبرى 230/2 .

(3) زيادة من (ص ، ك) .

(4) ساقطة من (ك) .

(5) في (ص) : [للصبغ] .

(6) في (ص ، ك) : [النساء] .

(7) في (ص ، ك) : [به] .

2054 - قال ابن يونس : الذي يختص بالرجل [1] نحو العمامة ، فالقول قوله فيه بغير يمين ، إلا أن تدعي المرأة إرثه فيحلف .

2055 - قال ابن حبيب : ولا يكفي أحدهما أن يقول هذا لي؛ لأنه متاع البيت ، حتى يقول : هذا [2] ملكي .

2056 - قال عبد الحق في تهذيب الطالب : لو تنازعا في رداء فقال : هو لها إلا الكتان [بأن قال] [3] اشتريته ، فقال أصبغ [4] ، له بقدر كتانه ولها بقدر عملها ؛ لأنه لو ادعاه صدق ، هذا تقرير المنقولات .

2057 - **وأما وجه الجواب والفرق فنقول** : لنا قوله تعالى : ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ [بِٱلْعُرْفِ] [5] ﴾ [الأعراف : 199] فكل ما شهدت [6] به العادة قضي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك [7] بينة [8] ؛ ولأن القول قول مدعي العادة في مواضع [9] الإجماع .

وأما ما أشار إليه الشافعي ﷺ وهو القياس على العطار والصباغ ، فمن أصحابنا من التزم التسوية أيضًا ، أشار إليه ابن القصار [10] في عيون الأدلة [11] ، وعلى هذا يبطل القياس .

وإن قلنا بعدم التسوية فالفرق أن الإشهاد بين الزوجين يتعذر ؛ لأنهما لو اعتمدا ذلك ، وأن من كان له شيء أشهد [12] عليه ؛ أدى [13] ذلك إلى المنافرة وعدم الوداد

---

(1) في (ص ، ك) : [الرجال] . (2) في (ص ، ك) : [هو] . (3) ساقطة من (ص) و (ك) .

(4) هو أصبغ بن الفرج بن سعيد المصري ، الإمام الثقة ، الفقيه المحدث ، سمع ابن القاسم ، وأشهب ، وابن وهب ، روى عنه : البخاري ، ويحيى بن معين ، وغيرهما . له تآليف حسان منها : تفسير حديث الموطأ ، كتاب أدب الصيام ، وكتاب المزارعة ، وكتاب الرد على أهل الأهواء ، توفي سنة 225 هـ .
سير أعلام النبلاء 289/9 . شجرة النور الزكية 66 . (5) في (ط) : [بالمعروف] .

(6) في (ط) : [شهد] . (7) في (ص ، ك) : [هنالك] .

(8) قال البقوري : قلت : الاستدلال بالآية ليس بقوي من حيث أن العرف ينازع الخصم في تفسير ، ويقول ليس المراد به ما ذكرته أيها المستدل . انظر : ترتيب الفروق للبقوري (60/2) .

(9) في (ط) : [مواقع] .

(10) هو علي بن أحمد البغدادي بن القصار ، حدث عن علي بن الفضل الستوري ، روى عنه : أبو ذر الحافظ ، وأبو الحسين ابن المهتدي بالله ، وكان من كبار تلامذة القاضي أبي بكر الأبهري ، يذكر مع أبي القاسم الجلاب . قال القاضي عياض : كان أصوليا نظارا . توفي سنة 397 هـ . انظر : سير أعلام النبلاء 58/13 ، 59 ، تاريخ بغداد 41/12 شذرات الذهب 149/3 .

(11) « عيون الأدلة » لعلي بن أحمد البغدادي ، المعروف بن القصار ، المتوفى سنة 398 هـ معجم المؤلفين 391/2 .

(12) في (ص) : [لشهد] . (13) في (ك) : [أي] .

بينهما ، وربما أفضى ذلك [إلى الطلاق] [1] والقطيعة ، فهما معذوران في عدم الإشهاد ، وملجآن إليه ، وإذا [2] ألجئا [3] لعدم إشهاد [4] فلو لم [5] يقض بينهما بالعادة لانسد الباب عليهما ، بخلاف العطار والصباغ إذا كانا في حانوت واحد لا ضرورة تدعوهما لعدم الإشهاد ، فإنهما [6] أجنبيان لا يتألمان من ضبط أموالهما بذلك ، وإن كانا في حانوتين أو تداعيا شيئا في يد ثالث فنقول : الفرق أن الضرورة تدعو للملابسة في حق الزوجين فسلك بهما أقرب الطرق في إثبات أموالهما ، ولا ضرورة تدعو لملابسة [7] العطار والصباغ ، فجريا على قاعدة الدعوى [8] ، واستدل الشافعي أيضًا [9] بقوله [ﷺ] « [10] البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » [11] فكل من ادعى من الزوجين شيئًا [12] كان عليه البينة لظاهر الحديث .

2058 - وجوابه : أن قاعدة المدعي هو كل من كان قوله [13] على خلاف أصل أو عرف ، والمدعى عليه هو [14] كل من كان قوله على وفق أصل أو عرف ، فالمدعي بالدين على خلاف الأصل ؛ لأن الأصل براءة الذمة ، والمطلوب المنكر على وفق الأصل ؛ لأن الأصل براءة الذمة ، والمدعي رد الوديعة ، وقد قبضها ببينة قوله على خلاف الظاهر والعرف ؛ بسبب أن الغالب أن من قبض ببينة لا ترد إلا ببينة ، فدعوى [15] الرد على خلاف الظاهر ، والمدعي عدم قبضها على وفق الظاهر ، وهو [16] المدعى عليه ، وإذا كان هذا ضابط المدعي والمدعى عليه فإذا ادعت المرأة منفعة [17] وشبهها كان قولها على وفق الظاهر ، وقول الزوج على خلاف الظاهر ، فالزوج مدع فعليه البينة ، وهي مدعى عليها

---

(1) في (ص ، ك) : [للطلاق] .
(2) ساقطة من (ك) .
(3) في (ط) : [لجا] والصواب ما أثبتناه .
(4) في (ص ، ك) : [الإشهاد] .
(5) زيادة من (ص ، ك) .
(6) في (ط) : [فإنها] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(7) في (ص ، ك) : [الملابسة] .
(8) في (ص ، ك) : [الدعاوى] .
(9) ساقطة من (ك) .
(10) في (ص ، ك) : [عليه السلام] .
(11) أخرجه : الترمذي (الأحكام) (1261) ولكن بلفظ : « البينة على المدَّعي واليمين على المدَّعى عليه » .
(12) زيادة من (ص ، ك) .
(13) زيادة من (ص ، ك) .
(14) ساقطة من (ص ، ك) .
(15) في (ص ، ك) : [فدعواه] .
(16) في (ص ، ك) : [فهو] .
(17) في (ص ، ط ، ك) : [مقنعة] والصواب ما أثبتناه .

فالقول قولها ، فنحن نقول بموجب الحديث لا [1] أنه حجة علينا .

و [2] احتجوا أيضًا علينا بأن كل موضع لو كان المتداعيان امرأتين أو رجلين لم يقدم أحدهما على الآخر ، فكذلك إذا كان رجلًا وامرأة لم يقدم أحدهما على الآخر بالصلاحية بالقياس على ما إذا كان في يد ثالث ، ويؤكده [3] أن حكم اليد لا يسقط بالصلاحية أن من كان بيده خلخال فادعته امرأة أجنبية فالقول قوله ، وإن كان الخلخال لا يصلح من لباسه لأجل أن يده عليه ، وكذلك لو كان بيد المرأة سيف فادعاه رجل فالقول قولها ، وإن كان لا يصلح لها لأجل أن يدها عليه ، فكذلك هاهنا إذا كان في الدار وفيها ما لا [4] يصلح لأحدهما فإن يدهما عليه ، فلا يسقط اعتبار اليد بصلاحيته لأحدهما دون الآخر .

2059 - والجواب : أنه لا فرق عندنا بين الرجل والمرأة ، وبين الرجلين وبين [5] المرأتين ، وبين اليد الحكمية والمشاهدة ، فلو تعلق رجل وامرأة بخلخال وأيديهما جميعًا عليه يتجاذبانه قضينا به للمرأة مع يمينها [لأجل ظاهر الحال من جهة الصلاحية] [6] ، ولو تجاذبا سيفًا كان للرجل مع يمينه ، وأما إذا كان بيد ثالث فليس لأحدهما عليه يد ، بخلاف مسألتنا فإن المستند عندنا اليد مع الصلاحية .

2060 - فإن قالوا : ما ذكرتموه يبطل بأن ما يصلح لهما يكون للزوج مع أنه لا ظاهر يشهد له ، ويد كل واحد منهما عليه ، فقد نقضتم أصلكم [7] ورجحتم من غير ترجيح [8] ، فإن اليد مشتركة ، والظاهرة من جهة الصلاحية منفي في حق كل واحد منهما .

2061 - قلنا : بل يد الزوج أقوى وهو المرجح ؛ لأن المرأة في [حوزه وتحت يده] [9] والدار ألا ترى أن عليه أن يسكنها ، وأن [10] يجيرها وأن [11] يخدمها فالدار هي من قبله كحوز امرأته ، فلذلك قضي له مع يمينه كالمتداعيين لأحدهما يد والآخر [12] لا [13] يد له .

2062 - قالوا : ما ذكرتموه من الظاهر إنما يشهد بالاستعمال فقط ، فإن السيف إنما يستعمله

---

(1) في (ص ، ك) : [إلا] .

(2) ساقطة من (ص) و (ك) .

(3) في (ط) : [ويؤكد] .

(4) زيادة من (ص ، ك) .

(5) ساقطة من (ك) .

(6) زيادة من (ص ، ك) .

(7) في (ك) : [أهلكم] .

(8) في (ص ، ك) : [مرجح] .

(9) في (ط) : [في يده وتحت حوزه] .

(10) زائدة في (ط) .

(11) ساقطة من (ص ، ك) .

(12) في (ك) : [والآخرة] .

(13) ساقطة من (ص ، ك) .

الرجال ، والحلي إنما يستعمله النساء ، ونزاعنا إنما هو في الملك لا في الاستعمال ، وقد تملك المرأة ما يصلح للرجل[1] للتجارة أو بعارض من إرث أو غيره ، فقد أصدق علي ﷺ فاطمة[2] رَضِيَ اللهُ عَنْهَا[3] ؟ درعًا من حديد ، وقد يملك الرجال ما يصلح للنساء للتجارة أو غير ذلك من أسباب التمليك .

2063 - قلنا : الظاهر فيما في يد الإنسان مما يصلح له أنه ملكه ، وهذا هو الغالب ، وغيره نادر ، وإذا دار[4] الحكم بين النادر والغالب فحمله على الغالب أولى ، ألا ترى أن من هو ساكن في دار ، ويده عليها ؛ يقضى له بالملك بناء على الغالب وظاهر اليد ، فكذلك هاهنا ، ووافقنا أبو حنيفة في هذه المسألة من حيث الجملة ، لكنه قال : ما يصلح لهما فهو للرجل[5] إن كان حيًا ، وإن كان ميتًا فهو للمرأة . وقال محمد بن الحسن[6] من أصحابه : هو لورثة الزوج كقولنا ، وقال أبو حنيفة : إن تداعياه وهو في أيديهما مشاهدة قسم بينهما .

2064 - وقال [أبو حنيفة][7] أيضًا : إذا كانا أجنبيين يسكنان معًا فتداعيا شيئًا مما كان يصلح للرجل فهو له ، وما كان يصلح للمرأة فهو لها ، وما كان يصلح لهما قسم

---

(1) في (ص ، ك) : [للرجال] .

(2) فاطمة الزهراء : ابنة رسول الله ﷺ سيدة نساء العالمين في زمانها البضعة النبوية بنت سيد خلق الله أبي القاسم محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم القرشية الهاشمية أم الحسنين مولدها قبل البعثة بقليل ، وتزوجها الإمام علي بن أبي طالب في ذي القعدة أو قبيله من سنة اثنين بعد وقعة بدر وقال ابن عبد البر : دخل بها بعد وقعة أحد فولدت الحسن ، والحسين ، ومحسنا وأم كلثوم وزينب . روت عن النبي ﷺ وروى عنها : إبنها الحسين ، وعائشة ، وأم سلمة ، وأنس بن مالك وغيرهم . كان النبي ﷺ يحبها ويكرمها ويسر إليها ومناقبها غزيرة ، وكانت صابرة دينة « خيرة » قانعة شاكرة الله ماتت رَضِيَ اللهُ عَنْهَا سنة 11 هـ السير (425/3) ترجمتها في الإصابة (157/8) ، الاستيعاب (1893/4) .

(3) في (ص ، ك) : [علي فاطمة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا] . (4) في (ص ، ك) : [كان] .

(5) في (ط) : [للرجال] .

(6) هو محمد بن الحسن بن واقد أبو عبد الله الشيباني ، كان أبوه أصله من الشام قدم أبوه إلى العراق فولد محمد بواسط ونشأ بكوفة وطلب الحديث وسمع عن مسعر ، ومالك والأوزاعي والثوري وصحب أبا حنيفة وأخذ الفقه عنه وكان أعلم الناس بكتاب الله ماهرًا في العربية والنحو والحساب وأخذ عنه الشافعي ، فأكثر جدًا ، وأبو عبيد ، وهشام بن عبيد الله وغيرهم . قلت توفي إلى رحمة الله سنة تسع وثمانين ومائة بالريّ . الفوائد البهية ص 163 . سير أعلام النبلاء 8/ 82 .

(7) في (ص) ، (ك) : [الحنفية] .

بينهما ، وإن اختلف العطار والدباغ في المسك والجلد فإنه يقسم بينهما ، وتناقض قوله في هذه الفروع ، وإن كان من حيث الجملة موافقًا لنا ، وأما الشافعي فطريقته [1] واحدة وهي أن الزوجين إذا تداعيا شيئًا فمن أقام بينة فهو له كما قلناه ، وإلا قسم بينهما ، نصفين بعد أيمانهما ، وكذلك الأجنبيان إذا سكنا دارًا واحدة .

2065 - واحتج أبو حنيفة فيما إذا مات الرجل أن سلطانه زال عن المرأة بالموت فكانت المرأة أرجح فيما تدعيه .

2066 - وجوابه : أن الوارث شأنه أن ينتقل له ما كان لمورثه على الوجه الذي كان له بدليل الأخذ بالشفعة ، والرد بالعيب وخيار الشرط .

2067 - (تفريع) : قال الطرطوشي [2] في تعليقه الذي تقدم [فيه المرأة] [3] ويقضى لها به لأجل الصلاحية الحلي وثياب النساء وجميع الجهاز من الطست و [4] المنارة [5] والثياب [6] والقبقاب [7] والبسط ، والوسائد ، والمرافق ، والعرش ، ونحو ذلك ، والذي يُقضى به للرجل [8] السلاح ، والمنطقة [9] ، والخاتم الفضة ، وثياب الرجل ونحو ذلك ، والذي يصلح لهما كالدار التي يسكنانها [10] والرقيق ، وأما أصناف الماشية فلمن حازه ؛ لأنها ليست من متاع البيت ، وكذلك ما في المرابط من خيل و [11] بغال و [12] حمير فلمن [13] حازها [14] .

---

(1) في (ك) : [طريقة] .

(2) هو : أبو بكر محمد بن الوليد بن خلف بن سليمان بن أيوب الفهري الطرطوشي ، لازم القاضي أبا الوليد الباجي ، وسمع من أبي علي التستري . قال ابن بشكوال : كان إماما عالما زاهدا ورعا ، دينا متواضعا متقشفا متقللا من الدنيا ، راضيا باليسير ، صنف أبو بكر كتاب : « سراج الملوك » ، « وبر الوالدين » . توفي سنة 520 هـ . انظر : سير أعلام النبلاء 417/14 ، 421 ، هدية العارفين 85/6 ، شذرات الذهب 62/4 ، 64 .

(3) في (ص ، ك) : [المرأة فيه] .

(4) ساقطة من (ك) .

(5) المنارة : وهي موضع النور ، والمنارة : – الشمعة ذات السراج . انظر : اللسان (نور) (4571) .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) في (ص ، ك) : [القباب] .

(8) في (ط) و (ك) : [للرجل] .

(9) المنطقة : المنطق والمنطقة والنطاق : – كل ما شد به الوسط ، والمنطقة اسم لها خاصة ، تقول منه : نطقت الرجل تنطيقًا فتنطق أي شدها في وسطه ، وانطق الرجل : أي لبس المنطق وهو كل ما شد به الوسط . انظر لسان العرب (نطق) (4462 ، 4463) .

(10) في (ص ، ك) : [يسكنها] .

(11) في (ط) : [أو] .

(12) في (ص ، ك) : [و] .

(13) في (ك) : [فمن] .

(14) في (ط) : [حازه] .

2068 - **قال مالك** : والحصر كالدار إلا أن يعرف للزوجة .

2069 - **وقال مالك** : ما يصلح للرجل [1] أخذه مع يمينه .

2070 - وقال سحنون : لا يمين على واحد منهما فيما يصلح له ، إنما اليمين على الرجل فيما يصلح لهما .

2071 - **وقاله ابن القاسم** : في غير المدونة ، وهو ظاهر قول مالك .

2072 - **وقال ابن سحنون** [2] : لا يُقضَى لواحد منهما بشيء إلا بعد يمينه .

2073 - وقال المغيرة : ما يصلح لهما قسم بينهما بعد أيمانهما ، وسواء في هذا كله اختلفا قبل الطلاق أو بعده ، أو بعد خلع ، أو لعان ، أو فراق ، أو [3] إيلاء ، [أو غيره] [4] أو ماتا ، أو أحدهما ، واختلف الورثة ، والزوجان حران أو عبدان ، أو أحدهما حر والآخر عبد ، أو [5] كانت الزوجة ذمية أم لا ، وسواء في هذا كله كانت لها عليه يد مشاهدة أو حكمية ، فاليد المشاهدة أن يكونا قابضين على الشيء فيتجاذبانه [6] ويتنازعانه ، والحكمية أن يكون في الدار [التي يسكنانها] [7] ، وسواء في هذا كله الزوجان والأجنبيان إذا سكن رجل وامرأة في دار ، وذوات المحارم الكل سواء ، وهذا أصل لا مناقضة فيه على المذهب ، حتى قال أئمتنا : لو اختلف عطار ودباغ في المسك والجلد ، واختلف القاضي والحداد في القلنسوة والكير ، وكانت لهما عليه يد حكمية في دار يسكنانها [8] أو مشاهدة ، أو تنازع رجل وامرأة رمحًا وهما يتجاذبانه فالقول في هذا كله قول من شهد له العرف والعادة ، فيحكم للرجل بالرمح مع يمينه ، وإن كان

---

(1) في (ك) : [للرجال] .

(2) هو محمد أبو عبد الله ابن فقيه المغرب عبد السلام سحنون بن سعيد التنوخي ، القيرواني ، شيخ المالكية تفقه بأبيه . وروى عن : أبي مصعب الزهري ، وطبقته وكان محدثًا بصيرًا بالآثار ، وارع العلم ، وقلت : له مصنف كبير في فنون من العلم ، وله كتاب : « السير » عشرون مجلدًا ، وكتاب : « التاريخ » ، ومصنف في الرد على الشافعي والعراقيين ، وتوفي سنة خمس وستين ومائتين .
سير أعلام النبلاء 466/10 .

(3) ساقطة من) ص ، ك) .

(4) في (ك) : [أو غير ذلك] .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) في (ص) : [يتجاذبانه] .

(7) في (ص ، ك) [الذي سكناها] والصواب ما أثبتناه .

(8) في (ص) ، (ك) : [سكناها] .

دملجًا[1] قضى به للمرأة مع يمينها ، ويُقضى للعطار بالمسك مع يمينه .

2074 - وأما [2] إن كان الزوجان في البيت فحاز أحدهما في يده وقبضته ما يصلح للآخر دونه قال : فالذي يتبين فيه أن القول قول من حازه دون الآخر [3] .

(1) دملج : الدُّملُج والدُّملوج : المعضد من الحُلي ، هو أيضًا : الحجر الأملس ، والدُّملجة : تسرية الشيء كما يُدَمْلَج السِّوار . انظر : اللسان (دملج) (1425) .

(2) في (ص ، ك) : [فأما] .

(3) قال ابن الشاط : قلت : في ذلك نظر وتمسك الشافعي بالحديث الظاهر ، وجواب المالكية بتفسير المدعي والمدعى عليه بما فسروا لا بأس به ، وجعل المالكية اليد لهما أعني الزوجة مع قولهم إن الرجل حائز للمرأة فيه درك لا يخفى وبالجملة المسألة محل نظر . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 149/3 .

الفرق الحادي والستون والمائة

بين قاعدة ما هو صريح في الطلاق وبين قاعدة ما ليس بصريح فيه

2075 - اعلم أن لفظ الصريح من قول العرب : لبن صريح إذا لم يخالطه شيء ، ونسب صريح إذا لم يكن فيه شائبة من غيره ، فأما إذا كان اللفظ يدل على معنى لا يحتمل غيره إلا على وجه البعد فهو صريح .

2076 - وفي المقدمات للقاضي أبي الوليد : في الصريح ثلاثة أقوال : فعند القاضي عبد الوهاب (1) لفظ الطلاق وما تصرف منه ، وقاله أبو حنيفة .

2077 - وقال ابن القصار : الصريح الطلاق وما اشتهر معه كالخلية والبرية ونحوهما .

2078 - وقيل : ما ذكره الله تعالى في كتابه العزيز كالطلاق والسراح لقوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق : 1] وقوله تعالى : ﴿ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ [البقرة : 229] والفراق لقوله تعالى ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ [النساء : 130] وقاله الشافعي وابن حنبل (2) .

وبماذا يلزم ، هل بالنية فقط لمالك ؟ ويريد بالنية التطليق بالكلام النفساني .

2079 - وقيل : باللفظ ، فقط (3) قال : وهو موجود في المدونة (4) . وقيل : لابد من

---

(1) هو أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ، سمع من عمر بن سنبك ، وتفقه على ابن القصار وابن الجلاب ، ورأى الأبهري ، وانتهت إليه رياسة المذهب كان فقيها متأدبا شاعرا له كتب كثيرة في كل فن ، أثنى عليه الخطيب ، والشيرازي . صنف التلقين في الفروع . توفي بمصر 422 هـ . شذرات الذهب 223/3 ، 225 ، سير أعلام النبلاء (276/13) .

(2) اتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان : صريح وكناية ، واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية .... فقال مالك وأصحابه : الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية ، وهي عنده ضربان ظاهرة ، ومحتملة ، وبه قال أبو حنيفة .
وقال الشافعي : ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاثة : الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وهي المذكورة في القرآن .
وقال بعض أهل الظاهر : لا يقع طلاق إلا بهذه الثلاث فهذا هو اختلافهم وصريح الطلاق من غير صريحه ، وإنما اتفقوا على أن لفظ الطلاق صريح ؛ لأن دلالته على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا في هذا الباب . انظر : بداية المجتهد (110/2 ، 111) .

(3) واختلف بماذا يلزم على ثلاثة أقوال : أحدها : أنه يلزم بمجرد القول دون النية ، والثاني : أنه يلزم بمجرد النية وإن لم يقترن به قول ، والثالث : أنه لا يلزم إلا باجتماع القول والنية ، وهذا فيما بينه وبين الله ، وأما في حكم الظاهر فلا اختلاف بين أهل العلم أن الرجل يحكم عليه بما أظهر من صريح القول بالطلاق أو كناياته ، ولا يصدق أنه لم ينوه ولا أراده إن ادعى ذلك على مذهب من يرى أن الطلاق لا يلزم بمجرد القول حتى تقترن به النية . انظر : مقدمات ابن رشد 265/2 .

(4) انظر : المدونة الكبرى 282/2 حيث قيل لمالك : أرأيت إن قال لامرأته أنتِ عليّ كالميتة أو كالدم أو كلحم الخنزير ولم ينو به الطلاق . قال مالك : هي البتة وإن لم ينوه .

اجتماعهما ، هذا في الفتيا ، وأما في القضاء فيحكم عليه بصريح الطلاق وكنايته ولا يصدق اتفاقًا ، والكناية أصلها ما فيه خفاء ، ومنه كنيته أبا عبد الله ، كأنك أخفيت الاسم بالكنية تعظيما له [1] ، ومنه الكُنى لإخفائه [2] الأجسام وما يوضع فيه ، والكنية [3] هي اللفظ المستعمل في غير موضعه [4] لغة .

2080 - وفي الصحاح [5] يقال : كنيت ، وكنوت ، وكنية [6] بضم الكاف وكسرها ، وضابط مشهور كلام الأصحاب أن اللفظ إن دل بالوضع اللغوي فهو صريح ، وهذا هو الطلاق ؛ لأنه لإزالة مطلق القيد ، يقال : لفظ مطلق ، ووجه طلق ، وحلال طلق ، وانطلقت بطنه ، وأطلق فلان من السجن .

2081 - قال صاحب الجواهر : كيفما تصرفت هذه الصيغة نحو : أنت طالق ، وأنت [7] مطلقة وقد طلقتك ، أو الطلاق لازم لي ، أو قد أوقعت عليك الطلاق ، وأنا طالق منك . والكناية : ما ليس موضوعا له لغة ، لكن يحسن استعماله فيه مجازًا لوجود العلاقة القريبة بينهما [8] .

2082 - قال مالك [في المدونة في الكنايات] [9] نحو : أنتِ خلية ، أو برية ، أو بائن ، أو بتة ، أو بتلة ، أو [10] حبلك على غاربك ؛ أو أنت حرام [11] ، أو كالميتة ، أو الدم ، أو لحم الخنزير ، أو الفراق ، أو السراح ، أو [12] اعتدي ، وهذه الألفاظ كلها من مجاز التشبيه [13] ،

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2) في (ط) : [لإخفاؤه] .
(3) في (ك) : [والكناية] .
(4) في (ط) : [موضوعه] .
(5) في (ص) : [الصحيح] .
(6) في (ص ، ك) : [كنية وكنية] .
(7) في (ص ، ك) : [أو أنت] .
(8) من الألفاظ الصريحة التي تنحل بها العصمة ، ولو لم ينو حلها متى قصد باللفظ الطلاق نحو : الطلاق يلزمني ، أو علي الطلاق ، أو أنت الطلاق ، ونحو ذلك . ومن الكنايات قوله : بتة ، وحبلك على غاربك ولزم بإحدى هاتين الصيغتين الثلاث مطلقًا دخل بها أم لا . انظر : الشرح الصغير (559/3 ، 560) بتصرف .
(9) ساقطة من (ص ، ك) .
(10) في (ص ، ك) : [و] .
(11) في (ص) : [حزام] وهو تصحيف .
(12) في (ص ، ك) : [و] .
(13) قال سحنون لابن القاسم : أرأيت إن قال لامرأته أنا منك خلي أو بري أو بائن أو بات ، أيكون طلاقًا في قول مالك أم لا ؟ وكم يكون ذلك في قول مالك أواحدة أم ثلاث ؟ قال ابن القاسم : هي ثلاث في التي قد دخل بها ، وينوي في التي لم يدخل بها ، فإن أراد واحدة فواحدة ، وإن أراد ثنتين فثنتان ، وإن أراد ثلاثًا فثلاث ، وإن لم يرد شيئًا فثلاث ، ولا ينوي في التي قال لها : أنا منك بات ، دخل بها أو لم يدخل بها وهي ثلاثة ، وكذلك إذا قال لامرأته أنتِ عليَّ كالميتة أو كالدم أو كلحم الخنزير ولم ينو به الطلاق ، قال مالك : هي البتة وإن لم ينوبه الطلاق . وإذا قال لها : أنت عليّ حرام لا يسأل عن نيته وهي عند مالك ثلاث البتة إن كان دخل بها انظر : المدونة الكبرى 281/2 وما بعدها .

فالخلية : الفارغة ، والفراغ حقيقة في خلو جسم من جسم ، فشبه به خلو المرأة من عصمة النكاح ، والبرية من البراءة وهي [1] مطلق السلب ، كيف كان المسلوب ، والبائن من البين ، وهو البعد بين الأجسام ، ويقال في المعاني بون لا بين ، شبه البعد من العصمة بالبعد بين الجسمين ، والبت : القطع في جسم ، شبه به [2] قطع العصمة ، وكذلك البتلة ، ومنه فاطمة البتول ﷺ لانقطاعها في الشرف عن النساء ، وقيل لانقطاعها عن الأزواج إلا عليًا ﷺ ، [ومنه حبلك على غاربك] [3] ؛ لأن [4] عادة الدابة في الرعي إذا أمسك صاحبها حبلها لا تتهنى في الرعي ؛ لتوهمها أنه يجرها به ، وإذا [5] أراد تهنئتها بالرعي ألقى حبلها على [كتفها ، وهو غاربها] [6] فتطمئن حينئذ ، فشبه به طلاق المرأة ؛ لأنها تبقى مخلاة لنفسها ، وكذلك البواقي ، وما ليس فيه علاقة قريبة لا يجوز استعماله مجازًا ويسمى مجاز التعقيد ، إذا اعتمد فيه على العلاقة البعيدة اتفق الناس على منعه ، كقوله تزوجت بنت الأمير ، ويفسر [7] ذلك برؤيته لوالد عاقد الأنكحة بالمدينة ، معتمدا على أن النكاح من لوازمه العقد ؛ لأنه مبيحه ، والعقد من لوازمه العاقد ؛ لأنه فاعل ، والعاقد من لوازمه أبوه ؛ لأنه مولده ، فهذا القسم وما ليس فيه علاقة البتة لا قريبة بعيدة هو ما ليس بصريح ولا كناية .

2083 - قال صاحب الجواهر : هذا [8] نحو قوله [9] اسقني الماء فإن أراد به الطلاق فالمشهور لزومه خلافًا للشافعي [ﷺ] [10] .

2084 - واختلف [11] الأصحاب في تعليله [12] .

2085 - فقيل : هو الطلاق بمجرد النية لعدم صلاحية اللفظ .

2086 - وقيل : بل باللفظ ، كان المستعمل وضعه الآن للطلاق وهو بعيد ؛ لأن إنشاء [13] الوضع لا نجده يخطر ببال الناس في العادة عند هذا الاستعمال .

2087 - وقيل : لا يلزمه [14] به طلاق ، وهو مذهب الشافعي وأحمد بن حنبل وأبي

---

(1) في (ط) : [هو] .
(2) ساقطة من (ص ، ك) .
(3) ساقطة من (ط) و (ك) .
(4) في (ص ، ك) : [و] .
(5) في (ص ، ك) : [فإذا] .
(6) في (ك) : [غاربها وهو كتفها] .
(7) في (ك) : [تفسير] .
(8) في (ص ، ك) : [هو] .
(9) ساقطة من (ص ، ك) .
(10) زيادة من (ص ، ك) .
(11) في (ص) : [خلف] .
(12) في (ص ، ك) : [تحليله] .
(13) في (ص ، ك) : [انقضاء] .
(14) في (ص ، ك) : [يلزم به] .

حنيفة ؛ لأن الطلاق بالنية لا يلزم ، واللفظ لا يصلح ، وتحتاج هذه القاعدة إلى قاعدة أخرى ، وهي أن اللغات هل هي توقيفية أو اصطلاحية [1] ، فعلى القول بالتوقيف ، وأن اللغات وضعها الله تعالى .

2088 - قال المازري [2] ، [3] في شرح البرهان [4] والغزالي في البسيط [5] : لا يجوز لأحد أن يضع لفظ المعنى البتة ، بل ذلك موكول [6] إلى الله تعالى ، فلا يجوز أن يضع لفظ السقي أو الأكل أو غيرهما للطلاق ، ولا يجوز أن يصدق ألفا ويعبر عنه بألفين للتحمل بين الناس ، كذا [7] نص عليه الغزالي في مسألة الصداق في كتابه البسيط ، قال [8] : وإن فرعنا على أن اللغات اصطلاحية جاز جميع ذلك [9] ، ولما كان مذهب المحققين عدم الجزم بالتوقيف ، والاصطلاح جوز مالك أن يعبر بلفظ التسبيح ، أو أي لفظ كان عن الطلاق ، إما وضع [10] للطلاق وإما تعبيره من غير وضع [11] ، ولا يكون هذا التعبير حقيقة ولا مجازًا .

---

(1) عقد ابن جني في كتابه الخصائص بابا عنوانه « باب القول على أصل اللغة إلهام هي أم إصطلاح . قال فيه : « هذا موضع محوج إلى فضل تأمل غير أن أكثر أهل النظر على أن أصل اللغة إنما هو تواضع واصطلاح . لا وحي وتوقيف . انظر : الخصائص لابن جني (40/1 ، 48) . طبعة دار الكتب المصرية (1952 م) .

(2) هو أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري كان بصيرا بعلم الحديث ، وحدث عنه : القاضي عياض ، وأبو جعفر بن يحيى القرطبي الوزغي وأخذ عن : اللخمي ، وأبو محمد السوسي . قال عنه القاضي عياض : المازري يعرف بالإمام ، وهو آخر المتكلمين من شيوخ إفريقية بتحقيق الفقه ورتبة الإجتهاد ودقة النظر . مؤلفاته : « إيضاح المحصول » ، وشرح كتاب التلقين شرح الإرشاد . توفي 536 هـ . سير أعلام النبلاء 566/14 ، 567 وفيات الأعيان 615/1 الوافي 151/4 .

(3) في (ك) : [الماوردي] .

(4) لأبي عبد اللّه محمد بن على المازري المتوفي 536 سنة واسم الكتاب « إيضاح المحصول في برهان الأصول » . إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون 156/3 .

(5) هذا الكتاب اسمه : « البسيط في الفروع » وهو للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي الشافعي المتوفى سنة (505 هـ) وهو كالمختصر للنهاية . انظر كشف الظنون 245/2 .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) في (ص ، ك) : [كذلك] .

(8) في (ص ، ك) : [قالا] .

(9) قال ابن الشاط : قلت : لا أدري ما دليلهما على المنع من وضع لفظ أسقني الماء لإنشاء الطلاق على طريق الاستعارة وإن كان أصله لاستدعاء سقي الماء بوضع الله تعالى انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 54/3 .

(10) في (ك) : [وضعنا] .

(11) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله من كون مالك إنما جوز التعبير بلفظ التسبيح عن الطلاق لأن المحققين مذهبهم عدم الجزم بأحد الأمرين ليس بالبين بل اللائق بتحري مالك واحتياطه في الأمور الدينية على تقدير =

2089 - وقد نص الأصوليون على أن اللفظ في استعماله قد يعرى عن الحقيقة والمجاز ، ومثلوه بالتعبير عن الأرض بالسماء وعن السماء بالأرض [1] ونحو ذلك ، فكذلك هاهنا أطلق المستعمل لفظ الأكل وأراد به الطلاق ، وغايته أن يقال : إن هذا ليس كلامًا عربيًا ، لا يلزم من [كونه ليس عربيًا أن] [2] لا يقع به الطلاق ، ألا ترى أنه لو قال : « أنتِ طالقًا » بالنصب أو الخفض لم يكن كلامًا عربيًا ، ومع ذلك يقع به الطلاق ، فكذلك هاهنا ، إذا تحرر هذا ظهر أن اللفظ قد يكون صريحًا ، وقد يكون كناية ، وقد يعرى عنهما إذا فقدت العلاقة فيه ، وهو غير موضوع للطلاق ، ثم الكناية تنقسم إلى ما غلب استعماله في العرف في الطلاق فيلحقه بالصريح في استغنائه عن النية ، قال في الكتاب [3] : كالخلية [4] والبرية ، وجملة ما تقدم إلى قوله لحم الخنزير لقيام الوضع العرفي مقام اللغوي ، والنية إنما يحتاج إليها [5] لتميز المراد [من اللفظ] [6] عن غير المراد في اللفظ المتردد ، أما ما هو صريح بوضع لغوي أو عرفي فينصرف بصراحته لما وضع له من غير احتياج إلى نية ، وما لم يغلب استعماله من الكنايات فهو مجاز على أصله ، والمجاز يفتقر إلى [7] النية الناقلة عن الحقيقة إليه ؛ لأنها الأصل ، ولم ينسخها عرف ، واللفظ ينصرف إليها بصراحة [8] ، ثم المنقول من الكنايات قد ينتقل لأصل الطلاق فقط فيصير في الوضع العرفي ، مثل : أنت طالق في اللغة ، فيلزم بهذه الكناية طلقة

= بنائه على عدم الجزم أن لا يجوز التعبير بذلك لاحتمال أن يتوقف ، وأما أن يجوز على بنائه عدم الجزم بأحد الأمرين أراه صحيحًا ، والصحيح والله أعلم أن مالكًا وإن لم يجزم بأحد الأمرين فلم يقم دليل على المنع ، أو جزم بأنها اصطلاحية ، أو جزم بأنها توفيقية ، لكنه لم يقم عنده دليل المنع من استعمال اللفظ في غير ما وضعه الله له ، إذ ليس معنى كونها توفيقية أن الله تعالى مع من وضعنا إياها لمعنى غير ماله وضعها ، ولا من استعمالها في ذلك بل معنى كونها توفيقية أن الله وضع الألفاظ كلها لمعانيها ، ولا يلزم من ذلك أنه منعنا من وضع كل لفظ منها لغير ما وضعه له واستعماله فيه على طريق الاستعارة أو النقل والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (155/3) .

(1) في (ط) [وبالسماء عن الأرض] والصواب ما أثبتناه نقلًا عن مصححي المطبوعة .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3) « الكتاب » لسيبويه ، أبو بشر عمرو بن عثمان بن قنبر ، المتوفى سنة 162 هـ ، أو 180 هـ ، ولقد لقي هذا الكتاب عناية من المستشرقين مثل الأستاذ ديرنبرغ ، وترجمه للألمانية الأستاذ جهن . معجم المطبوعات العربية والمعربة 1070/1 .

(4) في (ص) : [نحو الخلية] .

(5) في (ص) : [لها] .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) ساقطة من (ك) .

(8) في (ص ، ك) : [بصراحته] .

واحدة [1] رجعية ، وقد ينتقل لأصل الطلاق مع البينونة من غير عدد ، فيلزم به طلقة بائنة ؛ لأنها مسماه العرفي [2] ، وقد ينتقل للطلاق والبينونة مع وصف العدد [3] الثلاث ، ويصير النطق بذلك اللفظ عرفا ، كالنطق بقوله : أنت طالق ثلاثًا لغة ، ثم إنه قد يستعمل في غير الثلاث غالبًا ، وفي الثلاث [4] نادرًا ، فمن الناس من يقصد الاحتياط [فيحمل] [5] على الثلاث ، ومن الناس من يجعله على الغالب فيلزم به طلقة واحدة ، فحيث اختلف العلماء [6] في هذه الصيغ فاختلافهم [7] في هذه [8] الضوابط هل وجدت أم لا ؟ وإلا فكل من سلم [9] ضابطًا سلم حكمه ، ويكون المذهب الحق من صادف الضابط في نفس الأمر ، والضعيف الفقه [10] من توهم وجوده أو عدمه ، وليس كذلك ، وعلى الفقيه استبقاء النظر في ذلك .

2090 - ومن ذلك اختلافهم في مسألة الحرام ، فمن قائل [11] لم يحصل فيها نقل البتة فهي كذب فلا يلزم بها شيء إلا بالنية ، ومن قائل يقول : حصل فيها [12] النقل ، ولكن لأصل [13] الطلاق ، فيلزم بها طلقة واحدة [14] رجعية ، ومن قائل يقول : حصل [فيها النقل] [15] للطلاق الثلاث [فيلزم بها الطلاق الثلاث] [16] ، وعلى هذا المنوال تتخرج جمع الصيغ . هذا تلخيص ما عليه الفقهاء .

2091 - تنبيه : الطلاق لإزالة مطلق القيد كما تقدم ، ومطلق القيد أعم من قيد النكاح ، والقاعدة أن الدال على إزالة الأعم دال على إزالة الأخص بالالتزام لا باللفظ ، فليس الطلاق موضوعًا لإزالة خصوص قيد النكاح كما يفهم من كلام الفقهاء ، بل التحقيق أن يقال : إن [17] الطلاق موضوع لإزالة مطلق القيد ، يعني أي قيد كان ؛ لأنه [18]

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2) في (ص ، ك) : [اللعرفي] .
(3) في (ص ، ك) : [العدة] .
(4) في (ص ، ك) : [غير الثلاث] .
(5) في (ك) : [فيحمله] .
(6) ساقطة من (ص ، ك) .
(7) في (ص ، ك) : [فلخلافهم] .
(8) زيادة من (ص ، ك) .
(9) في (ص ، ك) : [يسلم] .
(10) في (ص ، ك) : [الحقيقة] .
(11) في (ص) : [قائل قاله] وفي (ك) : [قائل قال] .
(12) ساقطة من (ص ، ك) .
(13) في (ص ، ك) : [لأصل] .
(14) ساقطة من (ص) .
(15) في (ص ، ك) : [النقل فيها] .
(16) زيادة من (ص ، ك) .
(17) ساقطة من (ص ، ك) .
(18) في (ص) : [لا أنه] .

موضوع لإزالة كل قيد حتى يندرج فيه قيد النكاح ، وإذا كان موضوعًا لإزالة [1] أي قيد كان من غير عموم ، فيصدق أنها طالق باعتبار قيد الحديد ، وإن بقيت في العصمة ، لأن « طالق » اسم فاعل ، واسم الفاعل يكفي فيه فرد واحد من المسمى الذي اشتق منه ، فلا يدل « أنت طالق » على إزالة العصمة مطابقة ولا التزاما [2] ، بل لا إشعار له به [3] من جهة اللغة البتة ، ووزان الطلاق الخروج ؛ لأن كليهما انتقال من إحاطة ، فكما أن الخروج يصدق عليها بأي فرد كان فيصدق أنها خارجة باعتبار حيز معين ، وإن بقيت في غيره ، كذلك يصدق عليها أنها طالق باعتبار قيد معين ، وإن بقيت في غيره ، نعم لو كان طالق مفيد العموم لحصل [4] مقصود الأصحاب ، أو يفيد إزالة القيد [5] المشترك بين جميع القيود ، حتى يلزم منه انتفاء كل قيد حصل أيضًا ، ولو كان الأمر كذلك لما صدق على المتطلقة من قيد الحديد ، أو من [6] طلق الولد أنها طالق ؛ لأن العموم لم يحصل ، وإزالة المشترك الذي يستلزم نفي كل قيد [7] لم يحصل لكنا نجد أهل اللغة وأهل العرف يستعملونه باعتبار قيد مخصوص ، وإن بقيت جميع القيود ، فيقال لمن [8] طلقت من ولد طالق ، ومن قيد الحديد : طالق حقيقة [9] ؛ لأن الأصل عدم المجاز ؛ ولأن عند سماع طالق لا نفهم انتفاء كل قيد البتة ، بل قيدًا مخصوصًا لا لغة ولا عرفًا [10] ، ولهذا المدرك لم يعتبر ابن القصار خصوص لفظ الطلاق ، بل أعرض عن الوضع اللغوي ، واعتبر ما وضع في العرف لإزالة العصمة [11] ،

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .

(2) في (ك) : [أكثر إما] .

(3) ساقطة من (ك) .

(4) في (ص ، ك) : [حصل] .

(5) في (ص ، ك) : [العدد] .

(6) في (ك) : [ليس] .

(7) في (ص ، ك) : [ضد] .

(8) في (ص) و (ك) : [أن] .

(9) زيادة من (ص ، ك) .

(10) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في هذا التنبيه فاسد بل لفظ طالق موضوع لإزالة قيد العصمة لغة ، وقد تقدم الرد عليه قبل هذا في مثل هذا القول ، وكل ما ذكره في تقرير ذلك دعوى لا دليل عليها غير ما استروح من الاشتقاق الكبير ، وهو غير صحيح عند المحققين . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (157/3) .

(11) قال ابن الشاط : قلت : لا دليل على أن ابن القصار اعتبر ما وضع في العرف لإزالة العصمة بناء على ما زعم بل إنما اعتبر ذلك تسوية بين اللغة والعرف وذلك هو الشأن فإن اللفظ إذا كان موضوعًا في اللغة لمعنى ، وكان لفظ آخر فيها موضوعًا فيها لغير ذلك المعنى ، ثم صار في العرف منقولا له فلا فرق في النقل العرفي =

وإليه جنح الشافعي ﷺ ، لكن يرد على الشافعي [ﷺ] [1] أنه لا يلزم من ورود شيء في كتاب الله تعالى أن يصير موضوعًا لذلك المعنى في الشرع أو العرف [2] ، فإن الكتاب العزيز يرد بالكنايات القريبة والبعيدة كما يرد بالحقائق ، والمجاز كثير في كتاب الله تعالى جدًّا ، ويعتمد في حكمه على القرائن والتصريح بالمراد [3] ، وحينئذ لا يليق أن يجعل ما ورد في كتاب الله تعالى كيف كان موضوعًا لذلك المعنى الذي ورد فيه ، ولا يحسن الاستدلال بمجرد الورود على الصراحة [4] والوضع [5] ، نعم يحسن الاستدلال بالورود على المشروعية ، أما الوضع فلا [6] ، إذا [7] فرعنا على أن المدرك هو الاشتهار العرفي فينبغي أن لا يكون الانطلاق صريحًا ، وإن كان فيه الطاء واللام والقاف ، وفيه معنى إزالة القيد ؛ لأن المشتهر هو الطلاق دون الانطلاق ، وكذلك أطلقتك ، وانطلقت منك ، وانطلقي مني ، وأنت منطلقة ، وقد خالفنا أبو حنيفة وأحمد بن حنبل ﵄ في أنا طالق منك ؛ لأنه ليس محبوسًا بالنكاح ، بل هي المحبوسة ، وقياسًا على قوله : أنا طالق فلو كان محلا للطلاق لوقع كالمرأة ، ولأن الرجل لا يوصف به فلا يقال : زيد مطلق .

= كالوضع الأصلي ويصير إذ ذاك كل واحد من اللفظين صريحًا في ذلك المعنى ، وإن لم يصر اللفظ الثاني منقولًا لذلك المعنى ولكنه يستعمل فيه على سبيل الاستعارة والتجوز فها هنا يكون بين اللفظينه فرق يكون الأول صريحًا ، والثاني كناية فيحتاج إلى النية المعينة له لذلك المعنى والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (157/3) .

(1) ساقطة من (ص) و (ك) .

(2) قال ابن الشاط : قلت : بل إذا أورد شيء في كتاب الله تعالى فإنه يحمل على أنه كذلك في الشرع أو العرف لأن ذلك هو الأصل . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 158/3 .

(3) في (ك) : [بالزاد] .

(4) في (ص ، ك) : [الصراحة] .

(5) قال البقوري : قلت : مراد الشافعي أن استعمال هذا اللفظ في كتاب الله يتعين له بذلك حمله على الكلام الشرعي .

على أن القاعدة أن الشارع إذا نطق بلفظ له معنى لغوي ، وله معنى شرعي ترجح حمله على المعنى الشرعي وكان أرجح ، فإذا كان مراد الشافعي هذا فقوله صحيح ، ولا اعتراض يرد عليه والله أعلم . انظر : ترتيب الفروق (74/2) .

(6) قال ابن الشاط : قلت : لا يلزم من كون الكتاب العزيز يرد بالكنايات والمجازات أن لا يكون ذلك اللفظ موضوعًا لذلك المعنى أصلًا أو عرفًا ، بل مجازًا حتى لا يستدل بوروده على أنه كذلك في أصل اللغة أو عرفها أو عرف الشرع ، فإن الكتاب العزيز كما يرد بالكنايات والمجازات يرد أيضًا بالحقائق وهي الأصل حتى يدل دليل على التجوز والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 158/3 .

(7) في (ط) : [فإذا] .

2092 - ونقل الباجي [1] : في المنتقى [2] عن أبي سعيد [3] منا ذلك ووافق المشهور الشافعي [4] .

2093 - والجواب عن الأول : أنه محبوس عن عمتها وأختها والزيادة على الأربع ، والنفقة وغيرها مما هو لازم ، فيخرج عن لزومه .

2094 - وعن الثاني : أن وصفه بطالق جائز [5] أن يكون [6] عن امرأة فلم يعينها اللفظ ، وإذا قال : أنت طالق تعين أن يكون [7] من عصمته ؛ لتعذر تعدد الأزواج دون الزوجات .

2095 - وعن الثالث : أن « مطلق » اسم مفعول يقتضي أن يكون المقتضي لطلاقه غيره ، وهو متعذر .

2096 - وقال الحنفية : أنت مطْلَقة بسكون الطاء وتخفيف اللام لا يكون طلاقًا إلا بالنية ؛ لأنه ليس مختصًا بالنساء [8] ، وهو متجه .

---

(1) هو أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي ، أخذ عن يونس بن مغيث ، ومحمد بن إسماعيل ، حدث عنه : أبو محمد ابن حزم ، أبو بكر الطرطوشي وُلد أبو الوليد في سنة ثلاث وأربعمائة ، وهو فقيه متكلم ، أديب وشاعر ، سمع بالعراق ، ودرس الكلام وصنف ، وبرع في الحديث والفقه والأصول والنظر . قال عنه ابن خلكان : كان من علماء الأندلس وحفاظها ، من مصنفاته : « الإيمان في الفقه » « الحدود » سبل المهتدين . مات أبو الوليد بالمرية في تاسع عشر رجب ، سنة أربع وسبعين وأربعمائة . انظر : سير أعلام النبلاء 59/14 ، 65 ، شذرات الذهب 344/3 ، 345 .

(2) هو لأبي الوليد سليمان من خلف الباجي المتوفى سنة 474 هـ واسم الكتاب « المنتقى في الفقه » . كشف الظنون 1852/2 .

(3) هو أبو سعيد خلف بن أبي القاسم الأزدي ، المعروف بالبرادعي ، الفقيه ، العالم ، الإمام ، من حفاظ المذهب ، له تآليف مشهورة منها : « التهذيب » اختصار المدونة ، والتمهيد لمسائل المدونة ، والشرح وإتمامات لمسائل المدونة ، واختصار الواضحة . أخذ عن أعلام منهم : القاضي أحمد بن أبي عمر بن أبي زيد ، وروى التهذيب عنه . ولم أقف على تاريخ وفاته . شجرة النور الزكية 105 .

(4) قال الباجي في الرجل يقول لامرأته :برئت مني وبرئت منك أنها تطليقات ثلاثة بمنزلة البتة ، إن لفظ البراءة يقتضي التطليقات الثلاث ؛ لأنه به تقع براءتهما في الزوجية ، كما يقتضي أن إضافة الطلاق إلى الزوج أو الزوجة سواء ، فإن قال لها برئت مني وبرئت منكِ فهو سواء ، وكذلك لو قال لها : أنت مني بائن ، أو أنت حرام ، أو أنا عليك حرام ، وكذلك لو قال لها : أنا منك طالق أو أنت مني طالق ، سواء أضاف الطلاق إلى الزوج أو إلى الزوجة ، وقال أبو حنيفة : إن إضافة الطلاق إلى الزوج بلفظ الطلاق لا يقع به الطلاق ، وذلك إذا قال لها : أنا منك طالق ، والدليل على ما نقوله أنها جهة لو أضاف إليها الطلاق بلفظ البينونة ثبت حكمه كجهة الزوجة . انظر : المنتقى 14/4 .

(5) في (ص ، ك) : [جاز] .

(6) قال ابن الشاط : قلت : ليس معنى الطلاق معنى الانطلاق حتى يلزم ما جاوب به بل الطلاق حل العصمة فقط ، وهو أمر يصدر من الرجل ويقع بالمرأة فإذا قال : أنا طالق منك فقد عكس المعنى فالظاهر أن يكون مجازا والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (159/3) .

(7 ، 8) ساقط من (ك) .

2097 - وقال بعض الشافعية : أنت الطلاق [1] كناية ؛ لأن التعبير بالمصدر عن اسم الفاعل مجاز إلى النية .

2098 - وجوابه : أنه مجاز تعين بقرينة تعذر أنها [2] عين الطلاق ، وإذا تعين لاسم الفاعل استغنى بذلك عن النية ؛ لأن التعيين مانع من التردد ، والنية إنما تصلح حالة التردد .

2099 - تنبيه : ينبغي أن يعلم أنه ليس في أصل اللغة ما يقتضي طلاق المرأة البتة ، ولا لفظة واحدة ، وهذا شيء لا يكاد يخطر بالبال ، وبيانه أنه إذا قال : « أنت طالق ثلاثًا » هذا أعظم ما يتوهم أنه صريح لغة ، وليس كذلك ، بل هذا لا يوجب طلاقًا البتة ؛ بسبب أن اللغة إنما تقتضي أن هذه الصيغة وضعتها [3] العرب للإخبار ، وهذا هو أصل الوضع ، ومقتضى ذلك أن يكون قوله طالق ثلاثًا كذبًا لا عبرة به ، والطلاق لا يلزم بالخبر الكذب إجماعًا ، ومن هاهنا افترق الناس فريقين :

2100 - أحدهما : وهو [4] الحنفية قالت : هي باقية إخبارات على حالها ، وإنما الشرع يقدر وقوع مخبرها قبل النطق بها بالزمن الفرد لضرورة تصديقه ، وإذا صار صادقًا لزمه ما نطق به من الطلاق ، وكذلك [5] قالوا في صيغ [6] العتق ، وجميع صيغ العقود من بعت واشتريت ونحو ذلك .

2101 - والفريق الآخر : وهو المالكية والشافعية يقولون : هذه الصيغ انتقلت في العرف عن الخبر لإنشاء الطلاق ، ويلزم [7] الطلاق بالإنشاء ، ومتى قصد الخبر وعدل عن الإنشاء الذي انتقل إليه العرف لا يلزمه طلاق ، فهذه هي المذاهب الواقعة في هذه الصيغ كلها ، ويظهر من ذلك أنه ليس في اللغة لفظة واحدة تقتضي وقوع الطلاق من حيث هي لغوية ، بل لابد من التقدير كما قاله الحنفية ، أو النقل كما قاله غيرهم [8] .

2102 - وإذا تقرر هذا فيلزم على رأي الحنفية أن [9] يكون لفظ الطلاق صريحًا مستغنيًا عن النية ؛ لأنه قد تقدم أنه لا يدل لغة على الإخبار عن إزالة قيد النكاح بخصوصه ، بل

---

(1) في (ص ، ك) : [طالق] .
(2) في (ك) : [إنما] .
(3) في (ص ، ك) : [وضعها] .
(4) زيادة من (ص ، ك) .
(5) في (ص) : [فكذلك] .
(6) في (ك) : [جميع] .
(7) في (ص) : [فلزم] .
(8) قال ابن الشاط : قلت : وما قاله الحنفية ليس بصحيح ولكن يبقى النظر في كونها مشتركة بين الخبر والإنشاء أو منقولة من الخبر إلى الإنشاء وكلاهما على خلاف الأصل والأظهر عندي أنها مشتركة والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 160/3 .
(9) في (ص ، ك) : [لا] .

على إزالة قيد كيف كان قيد النكاح ، أو قيد الحديد ، أو غيرهما ، فلا ينصرف لقيد النكاح إلا بالنية ؛ لأنه ليس إخبارًا عنه بخصوصه فصار كناية ، وصارت الألفاظ بجملتها كناية ، فإن نوى بها الطلاق الذي هو إزالة قيد النكاح فحينئذ يلزم ما ذكروه عن التصديق ، وإلا فلا يلزم تقدير صدقه ؛ لأنه لم يقصد الإخبار عن زوال العصمة ، ويلزم على رأي القائلين بالإنشاء أن يكون ضابط الصريح ما نقل لإنشاء إزالة القيد ، وصار مستغنيًا عن النية ، وما لم يصر بالنقل كذلك ، ويمكن استعماله في إزالة العصمة مجازا لعلاقة بينهما ، فهو كناية ، ومالا علاقة فيه كالأكل والشرب ، والتسبيح ، ونحوها [1] يجري على الخلاف المتقدم ، و [2] يكون لا صريحًا ، ولا كناية ، وهذا هو الذي يتجه ، ويكون لفظ الحرام والخلية والبرية ونحوها مما ادعي فيه النقل صريحًا ، فلا [3] يقال فيه إنه كناية ألحقت [4] بالصريح ؛ لأنه لا صريح إلا بالنقل حينئذ ، فأي لفظ نقل كان هو الصريح من غير امتياز لفظ عن لفظ في ذلك ؛ لاستواء الجميع في عدم إفادة زوال العصمة لغة ، وفي إفادة زوالها بالنقل ، فلا مزية لبعضها على بعض إذا حصل فيها النقل [5] ، ويلزم على هذا أيضًا بحث آخر ، وهو أن النقل إنما هو من قبل العرف ، فإذا تحول العرف إلى الضد فصار المشتهر خفيًا والخفي مشتهرًا ، أن يكون ما قضينا بأنه صريح يصير كناية ، وما قضينا بأنه كناية يصير صريحًا [6] بحسب العرف الطارئ ، وكذلك إذا لم ينتقل العرف للضد بل بطل فقط يلزم أن لا يصير شيء من هذه [7] الألفاظ صريحًا ، بل تحتاج جميع الألفاظ في لزوم الطلاق بها إلى [8] النية ، ويلزم أمر ثالث وهو أن المفتي لا يحل له أن يفتي أحدًا بالطلاق حتى يعلم أنه من أهل

---

(1) في (ك) : [نحوهما] .
(2) في (ط) : [و] .
(3) في (ص ، ك) : [ولا] .
(4) في (ص ، ك) : [لحقت] .
(5) قال ابن الشاط : قلت : وما قاله من التسوية بين تلك الألفاظ ليس بصحيح فإن لفظ طالق يفيد زوال العصمة إما لغة على مذهب غيره أو عرفًا على مذهبه ، ولفظ أنت طالق يفيد إنشاء الطلاق عرفًا أيضًا ، ولفظ الخلية لا يفيد ذلك عرفًا ولفظ أنت خلية وإن كان عرفًا في الإنشاء مع أن لفظ خلية ليس عرفًا في الطلاق لا يفيد بجملته إنشاء الطلاق عرفًا فبين لفظ أنت طالق وأنت خلية فرق ظاهر فيلزم أن يكون لفظ أنت طلاق صريحًا ؛ لأن لفظ طالق على انفراده ولفظ أنت طالق بجملته كلاهما منقول عرفًا هذا لزوال قيد العصمة بخصوصه والآخر لإنشاء زوال ذلك القيد ولفظ خلية على انفراده لم ينقله العرف لزوال قيد العصمة وإن كان لفظ أنت قد نقله العرف للإنشاء فيكون كناية والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 161/3 .
(6) في (ص) و (ك) : [كناية] .
(7) ساقطة من (ص ، ك) .
(8) ساقطة من (ك) .

بلد ذلك العرف الذي رتبت [1] الفتيا عليه ، فإن كان من أهل بلد آخر ليس فيه العرف أفتاه بحكم الله تعالى باعتبار حال عرف [2] بلده من صريح أو [3] كناية على الضابط المتقدم ، فإن العوائد لا يجب الاشتراك فيها بين البلاد ، خصوصًا البعيدة الأقطار ، ويكون المفتي في كل زمان يتباعد عما قبله يتفقد العرف ، هل هو باق أم لا ؟ فإن وجده باقيًا أفتى به ، وإلا توقف عن الفتيا ، وهذه هي القاعدة في جميع الأحكام المبنية على العوائد كالنقود والسكك في المعاملات ، والمنافع في الإجارات ، والأيمان والوصايا والنذور في الإطلاقات ، فتأمل ذلك فقد غفل عنه كثير من الفقهاء ، ووجدوا الأئمة الأول قد أفتوا بفتاوي بناءً على عوائدهم لهم ، وسطروها في كتبهم بناء على عوائدهم ، ثم المتأخرون وجدوا تلك الفتاوي فأفتوا بها ، وقد زالت تلك العوائد فكانوا مخطئين خارقين للإجماع ، فإن الفتيا بالحكم المبني على مدرك بعد زوال مدركه خلاف الإجماع ، ومن ذلك [4] لفظ الحرام والخلية والبرية ونحوها ، مما مسطور لمالك أنه يلزم به الطلاق الثلاث بناء على [عادة كانت في زمانه ، فأكثر المالكية اليوم يفتي بلزوم الطلاق الثلاث بناء على] [5] المنقول في الكتب عن مالك ، وتلك العوائد [6] قد زالت ، فلا نجد اليوم أحدًا يطلق امرأته بالخلية ، ولا بالبرية ، ولا بحبلك على غاربك ، ولا بوهبتك لأهلك ، ولو وجدناه المرة بعد المرة مرات كثيرة لم يكن ذلك نقلًا يوجب لزوم الطلاق الثلاث من غير نية ، ألا ترى أن لفظ الأسد [كثير الاستعمال] [7] في الرجل الشجاع ، ولا يقول أحد : إنه منقول إليه ، وكذلك [8] لفظ الشمس والبدر في ذوات الجمال ، والبحر والغيث والندى ونحوها في الكرام الباذلين للمال ، ومع ذلك لم تصر هذه الألفاظ منقولة لهذه المعاني ، بل ضابط المنقول أن يصير اللفظ يفهم منه المعنى بغير قرينة ، وهذه الألفاظ لا تفهم منها هذه المعاني إلا بالقرينة ، فلذلك لم تصر منقولة ، فتأمل ذلك .

ويظهر لك ما عليه هؤلاء المتأخرون [من الفتاوي] [9] الفاسدة في هذه الألفاظ ، ويظهر لك بهذه المباحث الفرق بين قاعدة الصريح وقاعدة ما ليس بصريح على القواعد الصحيحة .

---

(1) في (ص ، ك) : [رتب] .
(2) ساقطة من (ص ، ك) .
(3) في (ص ، ك) : [أو] .
(4) ساقطة من (ص ، ك) .
(5) ساقطة من (ص ، ك) .
(6) في (ص) و (ك) : [القواعد] .
(7) في (ك) : [أكثر للاستعمال] .
(8) في (ص ، ك) : [لذلك] .
(9) ساقطة من (ص ، ك) .

الفرق الثاني والستون والمائة

بين قاعدة ما يشترط في الطلاق من النية وبين قاعدة ما لا يشترط

2103 - اعلم أن النيةَ شرطٌ في الصريحِ إجماعًا ، وليست شرطًا فيه [1] إجماعًا وفي اشتراطها قولان ، وهذا هو متحصل الكلام الذي في كتب الفقهاء وهو ظاهرُ التناقض ، ولا تناقضَ فيه فحيثُ قالَ الفقهاء : إن النيةَ شرطٌ في الصريح [2] ، فيريدون القصدَ لإنشاء الصيغة احترازًا من سبق اللسان ، لما لم يقصد مثل [3] أن [4] يكون اسمُها طارق [5] فيناديها فيسبق لسانه ، فيقول لها : يا طَالِقُ فلا يلزمهُ شيء ؛ لأنه لم يقصد اللفظ .

2104 - وحيثُ قَالُوا : النيةُ ليست شرطًا في الصريحِ فمرادهُم القصدُ لاستعمال الصيغة في معنى الطلاق فإنها لا تشترط في الصريح إجماعًا ، وإنما ذلك من خصائصِ الكناياتِ أن يقصد بها معنى الطلاق ، وأما الصريح فلا .

وحيث قالوا : في اشتراطِ النية في الصريح قَولَان فيريدون بالنيةِ هاهنا الكلامَ النفسي ؛ ولأنهم [6] يطلقون النية ويريدون الكلام النفسي ، وإلا فمن قَصَدَ وعزم على طلاقِ [7] امرأتِه لا يلزمُ بذلك طلاقٌ إجماعًا ، وإنما المرادُ إذا [8] أنشأ طلاقها بكلامه النفسي ، كما ينشئه بكلامه اللساني ، فيعبرون عنه بالنيةِ ، وعبر عنه ابن الجلاب [9] [بالاعتقادِ بقلبه] [10] فقال [11] : ومن اعتقدَ الطلاق بقلبه ولم يلفظْ بلسانه ففي لزومِ الطلاقِ له قولان [12] ، والاعتقادُ لا يلزمُ

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .

(2) في (ص ، ك) : [الصحيح] .

(3) في (ص ، ك) : [أو] .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) في النسخ التي تحت أيدينا طارقًا بالتنوين ، والوجه منعه ؛ لأنه حينئذ ممنوع من الصرف للعلمية والتأنيث . والله أعلم .

(6) في (ط) : [وإنهم] .

(7) في (ك) : [الطلاق] .

(8) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(9) هو أبو القاسم بن الجلاب ، صاحب كتاب « التفريع » قيل : اسمه عبيد الله بن الحسين بن الحسن . وسماه القاضي عياض : محمد بن الحسين ، ثم قال : ويقال : اسمه الحسين بن الحسن ، وسماه الشيخ أبو إسحاق في « طبقات الفقهاء » عبد الرحمن بن عبيد الله .
تفقه بالقاضي أبي بكر الأبهري ، وله مصنف كبير في مسائل الخلاف ، وكان أفقه المالكية في زمانه بعد الأبهري . مات كهلًا في آخر سنة ثمان وسبعين وثلاثمائة راجعًا من الحج . سير أعلام النبلاء 441/12 .

(10) في (ص ، ك) : [بالاعتقاد بقوله] .

(11) ساقطة من (ص ، ك) .

(12) لا يلزم طلاق بكلام نفسي على أرجح القولين . انظر : الشرح الصغير (570/2) .

به طلاقٌ إجماعًا ، فلو اعتقد الإنسان أنه طَلَق امرأته ثم تبين له بطلانُ اعتقادِه بقيت له زوجةً إجماعًا ، وإنما المرادُ الكلامُ النفسي ، فالمشهورُ اشتراطُ كما قَالَه أبو الوليد في المقدماتِ [1] وأنه إذا طَلَّقَ بلسانه لابد أن يطلق أيضًا بقلبه ، فظهر أنه لا تناقض [في كلامهم] [2] وأنها أحوالٌ مختلفة وفي الفرق أربع مسائل توضحه :

2105 - المسألة الأولى : قال مالكٌ في المدونة : لو أراد التلفظ بالطلاقِ فقال : اشربي أو نحوه لا شيء عليه حتى يَنْوِيَ طَلَاقَهَا بما تلفظ به ، فيجتمع اللفظُ والنيةُ ، ولو قال : أنتِ طالقٌ البتة ونيتهُ واحدةٌ فسبق لسانه للبتة لزمهَ الثلاث .

2106 - قال سحنونُ : إذا كان عليه [3] بينة فلذلك لم يَنْوِه ، يريد أن اللفظَ وحده [4] لا يلزم به الطلاقُ ، وهو لم يُوجَدُ منه نيةٌ مع لفظِ الثلاثِ ، فلذلك لا يلزمه ثلاث في الفتيا ، ويلزمه الثلاث في القضاء بناء على الظاهر .

2107 - المسألة الثانية : إذا قالَ : « أنتِ طالقٌ » ونوى من وثاق ولايته ، وجاء مستفتيًا طلقت عليه [5] و كقوله : أنت برية ولم يَنو بِهِ طلاقًا ، ويؤخذ الناس بألفاظهم ولا تنفعهم نياتهم [6] إلى أن تكون قرينة مصدقة .

2108 - قالَ صاحبُ التنبيهاتِ في التحدثِ على هذه المسألة : قيلَ : يدين . وقيل : لاَ ، إلا أن يكون جوابًا ، وهو مذهب الكتاب [7] ، قال : ويتخرج من هذه المسألة إلزم الطلاق بمجرد اللفظ ، ومن قوله في الذي أراد واحدة فسبق لسانه للبتة ومن هزل الطلاق أيضًا ، ويؤخذ اشتراطُ النية مع اللفظ من غير مسألة في الكتاب ، يعني من قوله : أنتِ طالق وأرادَ تعليقةَ ثم بدا له فلا شيء عليه ، وله [8] نظائر في المذهب . ووافق صاحب التنبيهات [9] اللخمي على أن مسألة الوثاقِ طلاقٌ بمجرد اللفظ ؛ وإلزامُ

---

(1) في (ص ، ك) : [فيما قالوه] .
(2) انظر : المقدمات 265/2 .
(3) ساقطة من (ك) .
(4) في (ك) [واحده] .
(5) ساقطة من (ص ، ك) .
(6) في (ط) : [نبتهم] .
(7) في (ص) و (ك) : [الكفار] .
(8) في (ص ، ك) : [لها] .
(9) صاحب التنبيهات هو القاضي عياض بن موسى اليحصبي المالكي ، محدث ، حافظ ، مؤرخ ، ناقد ، مفسر ، فقيه أصولي ، عالم بالنحو واللغة وكلام العرب وأيامهم وأنسابهم ، شاعر ، خطيب ، أصله من الأندلس ، من تصانيفه : الشفا بتعريف حقوق المصطفى ، والإلماع في أصول الرواية والسماع ، والتنبيهات المستنبطة في شرح مشكلات المدونة في فروع الفقه المالكي ، توفي سنة 544 هـ . انظر : معجم المؤلفين 588/2 .

الطلاق بمجرد اللفظ إنما هو إذا نطق [1] بلسانه غير مطلق بكلامه النفسي ، كما قال في مسألة البتة : أما إذا صرف اللفظ بقصده عن إزالةِ العصمةِ إلى غيره نحو مسألةِ الوثاقِ ، فإلزامُ الطلاقِ به لو قيل إنه خلافُ الإجماعِ لم يبعد لأنه نظير من طلق امرأته فقيل له : ما صنعت ، فقال : هي طالق ، وأراد الإخبار .

2109 - قال أبو الطاهر : لا يلزمُه في الفتيا إجماعًا ، ونظيره أيضًا منْ له أمَةٌ وزوجةٌ اسم كل واحدة [2] منهما حكمة ، وقال : حكمةٌ طالق ، وقال : نويت الأمةَ ، لا يلزمهُ طلاقٌ في الفتيا اتفاقًا ، فينبغي أن يحمل في مسألة الوثاق على اللزوم في القضاء دون الفتيا ، وأما قولُه وجاء مستفتيًا وإن أوهم اللزوم في الفتيا فمعارض بقوله : و[3] يؤخذ الناس بألفاظهم ولا تنفعهم [نياتُهم] [4] ، والأخذُ إنما يكون للحاكمِ دون المفتي ، وكذلك اشتراطُه القرينة ، فإن المفتي يتبع الأسبابَ والمقاصدَ دون القرائن ، وإلا فيلزم [مخالفة] [5] القواعدِ ، ويتعذر الفرق بين هذه وبين ما ذكر من النظائر .

2110 - المسألة الثالثة : إذا قالَ : أنت طالقٌ أو طلقتكِ ونوى عددًا لزمه [6] ، ووافقنا الشافعي ، وقال أبو حنيفة ﷺ إذا نَوىَ الثلاثَ لزمه واحدةٌ رجعيةٌ ؛ لأن اسم الفاعل لا يفيد إلا أصلَ المعنى ، والزائد [7] يكون بمجردِ النية ، والنية لا توجب طلاقًا .

2111 - وجوابه : أن لفظَ ثلاثًا إذا لفظ بها تبين المراد [8] باللفظِ نحو قوله : قبضت عشرين درهمًا ؛ فقوله درهما يفيدُ اختصاصَ العددِ بالدراهمِ ، وإن كان لا يدلُّ عليه لغة ، فكذلك ثلاثًا يخصص [9] اللفظ بالبينونة ، وكل ما كانَ يحصلُ مَعَ المفسر وجب أن يحصل قبله ، لأن المفسر أيضًا [10] إنما جعل لفهم السامعِ لا لثبوتِ ذلك الحكم في نفس الأمر ، كقوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ [11] [البقرة : 43] لا تدل على خصوص الصلوات] [12] الشرعية ، لكن لما ورد البيانُ من السنةِ في خصوصياتها وهيآتها وأحوالِها عد ذلك ثابتًا بلفظ القرآن ، وأجمعَ المسلمون على أن الصلاةَ والزكاةَ مشروعةٌ بالقرآن ، والقاعدةُ أن كلَّ بيان لمجملٍ يُعَدُّ منطوقًا به في ذلك المجمل ، كذلك

---

(1) في (ط) : [نطلق] .
(2) في (ك) : [واحد] .
(3) زيادة من (ص ، ك) .
(4) في (ط) : [نيتهم] .
(5) في (ك) : [مخافة] .
(6) في (ص ، ك) : [لزم] .
(7) في (ط) : [فالزائد] .
(8) في (ص ، ك) : [تمييز للمراد] .
(9) في (ص ، ك) : [مخصص] .
(10) زيادة من (ص ، ك) .
(11) في (ط) : [الصلات] ولعله خطأ مطبعي .
(12) ساقطة من (ط) : [والسياق يقتضيها] .

هاهنا ، وإن كان أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ [1] وافقنا على قوله : أنت بائن ، وأنت طالق طلاقًا ، وطلقتك ، وطلقي نفسك ، أنه [2] إذا نَوىَ بِهَا الثلاثَ لزمته ، فكذلك هاهنا .

2112 - **المسألة الرابعة** : حكى صاحبُ كتاب « مجالسِ العلماءِ [3] » أن الرشيد [4] كتب إلى قاضيه [5] أبي يوسف [6] هذه الأبيات ، وبعث بها إليه يمتحنه بها :

فإن ترفقي يا هندُ فالرفقُ أيمنُ — وإن تخرقي يا هندُ فالخرقُ أشأَمُ

فأنت طلاقٌ والطلاقٌ عزيمة — [ثلاثًا] [7] ومن يخرق أعق وأظلم

فبيني بها إن كنت غير رفيقة — وما لامرئ بعد الثلاثة مقدم

وقال له : إذا نصبنا [8] ثلاثًا كَمَ يلزمهُ ، وإذا رفعنا كَمْ يلزمُهُ ؟ فأشكل عليه [9] ذلك ، وحمل الرقعةَ للكسائي [10] ، وكان معه في الدرب فقال له الكسائي : اكتب له

(1) في (ص ، ك) : [ولأن أبا] . (2) ساقطة (ك) .

(3) مجالس العلماء لأبي القاسم عبد الرحمن بن إسحاق الزجاج ، المتوفى سنة 311 هـ . معجم المؤلفين 78/1 .

(4) هو الرشيد الخليفة ، أبو جعفر هارون ، ابن المهدي محمد بن المنصور استُخلِفَ بعهدِ مغقود له بعد الهادي من أبيهما المهدي في سنة سبعين ومائة بعد الهادي .

روى عن : أبيه بعده ، ومبارك بن فضالة .

روى عنه : ابنه المأمون وغيره .

وكان من أنبل الخلفاء ، وأحشم الملوك ، ذا حج وجهاد ، وغزو وشجاعة ، ورأي ، وكان مولده بالرَّي في سنة ثمان وأربعين ومائة وتوفي بمصر في سنة سبع وتسعين ومائة .

سير أعلام النبلاء 183/8 . العبر 312/1 . (5) في (ص ، ك) : [القاضية] .

(6) هو الإمام المجتهد ، العلامة المحدث ، قاضي القضاة ، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي . كان مولده في سنة ثلاث عشرة ومائة .

حدث عن : هشام بن عروة ، ويحيى بن سعيد الأنصاري ، وعطاء بن السائب وغيرهم ، وحدث عنه : يحيى بن معين ، وأحمد بن حنبل ، وعلي بن الجعدي وغيرهم .

قال بشر بن الوليد : توفي أبو يوسف يوم الخميس خامس ربيع الأول سنة اثنتين وثمانين ومائة .

وقال غيره : مات في غرة ربيع الآخر ، وعاش تسعًا وستين سنة .

سير أعلام النبلاء 707/7 .

تذكرة الحفاظ 292/1 .

(7) ساقطة من (ك) . (8) في (ص ، ك) : [قصبنا] .

(9) ساقطة من (ك) .

(10) هو : أبو الحسن علي بن حمزة بن عبد الله ، بن بهمن ، بن فيروز الأسدي ، مولاهم الكوفي ، الملقب بالكسائي الإمام ، شيخ القراءة والعربية ، قال الشافعي : من أراد أن يبحر في النحو فهو عيال على الكسائي . =

في الجواب يلزمهُ بالرفع واحدةٌ وبالنصب ثلاثٌ ، يعني أن الرفعَ يقتضي أنه خبرٌ عن المبتدأ الذي هو الطلاقُ الثاني ، ويكون منقطعًا عن الأول ، فلم يبق إلا قوله : فأنت [1] طالقٌ فتلزمهُ واحدةٌ وبالنصب يكون تمييزًا لقوله فأنت طالق فيلزمه الثلاث .

2113 - فإن : **قلت** : إذا نصبناه [2] أمكنَ أن يكون تمييزًا عن الأول كما قلت ، وأمكن أن يكونَ منصوبًا على الحال من الثاني ، أي الطلاق معزومٌ عليه في حالِ كونهِ ثلاثًا أو تمييزًا له ، فَلِمِ خصصته [3] بالأول ؟

2114 - **قلت** : الطلاقُ الأولُ منكرٌ يحتملُ بسبب تنكيره جميع مراتبِ [4] الجنسِ وأعدادِه وأنواعهِ من غير تنصيص على شيء من ذلك لأجل التنكير ، فاحتاج للتمييز ليحصل المراد أن ذلك المنكر المجهول ، وأما الثاني فمعرفه [5] استغنى بتعريفه واستغراقه الناشئ عن لام التعريف عن البيان ، فهذا هو المرجع .

2115 - ويحكى أن الرشيدَ بعث له بهذه الرقعةِ أولَ الليل ، وبعث أبو يوسف الجوابَ بها أولَ الليلِ على حالهِ ، وجاءَه من آخرِ الليلِ بغال موسقة قماشا وتحفا جائزةً على جوابه فبعث بها أبو يوسف إلى الكِسَائِي ، ولم يَأْخُذ مِنهَا شَيْئًا ؛ بسببِ أنه هُوَ [6] الذي أعَانَهُ عَلَى الجوابِ فيها [7] .

= قال ابن الأنباري : اجتمع فيه أن كان أعلم الناس بالنحو ، وواحدهم في الغريب ، وأوحد في علم القرآن ، وكانوا يكثرون عليه حتى لا يضبط عليهم فكان يجمعهم ويجلس على الكرسي ، ويتلوهم عنه حتى الوقوف . ومات بالري بقرية أرنبوية سنة تسع وثمانين ومائة عن سبعين سنة . ترجمته : الذهبي في سير أعلام النبلاء 80/8 ، الذهبي في العبر 302/1 .

(1) في (ص) : [فأنت] .

(2) في (ص ، ك) : [نصبن] .

(3) في (ك) : [خصصه] .

(4) في (ك) : [مع أنت] .

(5) في (ط) : [فمعرفها] والصواب ما أثبتناه .

(6) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(7) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في الفرق صحيح ، إلا ما قاله في الإنشاءات ففيه نظر . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 161/3 .

الفرق الثالث والستون والمائة

بين قاعدة الاستثناء من الذوات
وبين قاعدة الاستثناء من الصفات

2116 - اعلم أن البابين ، وإن استويا في صحةِ الاستثناءِ من الصفاتِ غيرَ أن بابَ [1] الاستثناءِ من الصفاتِ يجوزُ أن يُؤْتَى فيه بلفظٍ دالٍّ على استثناءِ الكُلِّ مِنَ الكِلِ في الظاهر بخلاف الاستثناء من الذواتِ ، وبيان ذلك بمسألتين :

2117 - المسألة الأولى : نقلَ صاحبُ الجواهِرِ وقالَه ابن أبي زيد في النوادرِ : أن القائل إذا قال : أنتِ طالقٌ واحدةً ، إن كان مستفتيا وقال : نويت ذلك ، و [2] في موضعٍ لو سكت لم يكن طَلَاقًا لم يلزمْهُ شيء ؛ لأنه طلاقٌ بغير نية ، وإن كان عليه بينة فيختلف فيه ؛ لأنه آتٍ بما لا يشبه ، كما لو قال : إن شاء هذا الحجر ، ويختلف إذا قال : أنتِ طالق أمس الأول [3] إلا واحدةً ، لأنه ليس مستثنيًا للأول ، وإن قالَ طالق أنت [4] واحدة وواحدة [5] إلا واحدة وأعاد الاستثناءَ على الواحدةِ يقع عليه اثنتان ، وكذلكَ إذا قال أنت طالق واحدةً وواحدةً [6] إلا واحدةً فإنه يلزمهُ طلقتان إن أعاده على طلقة ، أو ثلاثًا إن أعاده على الواحدة [7] .

2118 - وهذه المسألةُ من مشكلاتِ المسائل عند الفقهاء ، ووجه [8] تقريرها وإيضاحها أن تقول : قوله أنت طالق واحدة معناه طلقة واحدة ، والطلاق مصدرٌ قد وصفه بالوحدة ، فها هنا حينئذ صفةٌ وموصوفٌ في كلامه ، فإن قصدَ رَفْعَ الصفة دون الموصوف فقد رفع بعض ما نطق به فيصح ، ولنا قاعدةٌ عقليةٌ : أن كلّ ضدين لا ثالثَ لهما إذا رفع أحدهما تعينَ ثبوتُ الآخرِ ، كقولك : هذا العددُ ليس بزوجٍ يتعين أن يكونَ فردًا ، وليسَ بفرد يتعين أن يكون زوجًا ؛ لأنه لا واسطة بين الزوج والفرد في العدد ، وكذلك ها هنا لا واسطة بين الوحدة والكثرة في حقيقة المصدر ، فإذا رفع الوحدة من [9] مصدرِ الطلاقِ تعين ضِدُّهَا وهو الكثرةُ ، وأقل مراتب [10] الكثرة اثنان ، فيلزمه طلقتان ؛

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .
(2) ساقطة من (ص ، ك) .
(3 ، 4) زيادة من (ص ، ك) .
(5) ساقطة من (ص ، ك) .
(6) ساقطة من (ك) .
(7) في (ص) : [الواحدة] .
(8) زيادة من (ص ، ك) .
(9) في (ص ، ك) : [وعن] .
(10) في (ك) : [من أنت] .

لأن الأصلَ براءةُ الذمةِ من الزائدِ عليهما ، وهذه المسألة لها ست حالات :

2119 - الحالة الأولى : ما تقدم .

2120 - الحالة الثانية : أن يقصدَ بقوله واحدة قبل الاستثناء الصفة وحدها ثم يستثنيها [1] فاستثناؤه باطلٌ ؛ لأنه رفع جملة ما وضعه أولًا .

2121 - الحالة الثالثة : أن يقصد بقوله : واحدة نفسَ الطلاقِ من حيثُ هو طلاقٌ ، ولا يأخذه بقيدِ الوحدةِ ، ولا بقيدِ الكثرةِ ، ثم يوردُ الاستثناءَ أيضًا على هذا المعنى بعنيهِ ، فلا ينفعهُ الاستثناءُ ؛ لأنه رفع [عين ما وضعه] [2] .

2122 - الحالة الرابعة : أن يقصد بقوله أولًا [3] المصدرَ الموصوفَ بالوحدةِ [4] ، ويقصد بقوله « إلا واحدة » الطلاقَ الموصوفَ بالوحدةِ ، فلا ينفعهُ أيضًا استثناؤه ، لأنه رَفَعَ جملةَ ما وضعه .

2123 - الحالة الخامسة : أن يريد بلفظه [5] الأول الطلاق « الموصوف » بالوحدة [6] ويقصد بالاستثناء « الموصوف » وهو مفهومُ الطلاقِ دون الوحدةِ [7] فهذا مستثنى [8] لبعضِ ما نطق به مطابقةً ، غير أنه يلزمُ من نفي أصل [9] الطلاق نفيُ صفاته من الوحدة [10] والكثرةِ فتنفي الصفةُ أيضًا مع الموصوفِ ، فيبطل استثناؤه ويلزمه طلقة ، لأنه لم يبق شيء [11] بالمطابقة والالتزام .

2124 - الحالة السادسة : أن يستعملَ قوله الأول أنتِ طالق واحدةً في الطلاق بوصف الثلاث ؛ لأنه يجوزُ إطلاقُ [12] الجنسِ وإرادةُ عددٍ معينٍ منه ، فإذا قال بعد ذلك : إلا واحدة ، يريد بها بعض ذلك العدد الذي كان يقصده لزمه طلقتان ، وهما اللتان بقيتا في نيته [13] الأولى ، وخرجت واحدةٌ من الثلاث بالاستثناء فهذا تقريرُ هذه المسألة وبها ظهر قوله : أنت طالقَ واحدة إلا واحدة كيف تلزمه اثنتان ، وكذلك إذا قالَ : واحدة

---

(1) في (ص ، ك) : [بينهما] .

(2) في (ص ، ك) : [غير ما وضع] .

(3) في (ص ، ك) : [لولا] .

(4) في (ك) : [بالواحدة] .

(5) في (ص ، ك) : [بلفظه] .

(6) في (ك) : [بالواحدة] .

(7) في (ك) : [بالواحدة] .

(8) في (ص ، ك) : [مبين] .

(9) في (ك) : [مواصل] .

(10) في (ك) : [الواحدة] .

(11) في (ص ، ك) : [شيئًا] .

(12) في (ك) : [الطلاق] .

(13) زيادة من (ص ، ك) .

وواحدةٌ وواحدةٌ إلا واحدةً ، وإن أراد بالاستثناء إحدى [1] هذه الثلاث لزمه اثنتان ، وإن أرادَ استثناءَ الصفةِ ، وهي الوحدةُ عن طلقة من هذه الطلقات الثلاث المتقدمة فمقتضى ذلك أن يلزمه أربعُ تطليقات ؛ لأنه رفع صفة الواحدة عن طلقة من الثلاث ، فيقع فيها الكثرةُ ، فتصيرُ تلك الطلقةُ طلقتين كما تقدم تقديرُه ، ولكن لما لَمْ يَكُنْ سبيلٌ إلى لزوم أربع بالإجماعِ اقتصرنا على ثلاثٍ ، كما لو قال : أنت طالق أربع تطليقات .

ومن الاستثناء في الصفات قولُ [2] الشاعر :

(قاتل ابنَ البتول إلا عليًا)

قال الأدباء : معناه قاتلْ ابن فاطمة البتول ، أي المنقطعة عن الأزواج إلا عن علي ، فاستثنى من صفتها ولم يَسْتَثْنِهَا ، غير أنه في هذا الكلام يَسْتَثْنِ جملةَ الصفات [3] كما تقدم في مسألة الطلاق بل من متعلقها ، فإن الانقطاع الذي هو التبتل يمكن أن يكونَ عن الأزواج كُلِهَا ، فلذلك استثنى من متعلق التبتل عليًا ﷺ [4] ومن التبتل قوله ﷻ : ﴿ وَتَبَتَّلْ إِلَيْهِ تَبْتِيلًا ﴾ [المزمل : 8] أي انقطع إليه انقطاعًا .

2125 - المسألة الثانية : قوله تعالى : ﴿ أَفَمَا [5] نَحْنُ بِمَيِّتِينَ ۝ إِلَّا مَوْتَتَنَا الْأُولَىٰ ﴾ [الصافات : 58-59] فهذا الاستثناءُ [6] نوعٌ من الصفةِ وهي [7] الموتةُ الأولى ، وقوله : [8] ﴿ بِمَيِّتِينَ ﴾ لفظ يشملهم بصفةِ الموت ، ولم يستثنوا من أنفسهم أحدًا ، بل بعض أنواع الصفة ، فصار الاستثناءُ تارةً يقعُ [9] في جملةِ الصفةِ كمسألةِ الطلاق ، وفي بعض أنواعها كالآية ، وفي بعضِ متعلقاتها كالشعرِ المتقدم [10] فتأمل ذلك ، وعلى هذه القاعدة تقول مررت بالساكنِ إلا الساكن فنستثني [الصفة من الصفة] [11] ، وهو السكونُ فقط ، وتترك [12] الموصوف ، فيتعين له الحركةُ ، فيكون مرورك

---

(1) في (ص ، ط ، ك) : [أحد] والصواب ما أثبتناه نقلًا عن مصححي المطبوعة .

(2) (ط) : [قوله] : والصواب ما أثبتناه . (3) في (ص ، ك) : [الصفة] .

(4) في (ص ، ك) : [عنهم أجمعين] .

(5) (ص ، ك) : [وما] وفي (ط) : [ما] والصواب ما أثبتناه .

(6) في (ط) : [استثناء] . (7) في (ص ، ك) : [وهو] .

(8) في (ط) : [قولهم] والصواب ما أثبتناه .

(9) في (ط) : [يقطع] . (10) في (ط) : [المتقدمة] .

(11) في (ص) : [الساكن] وفي (ك) : [صفة الساكن] .

(12) في (ص ، ك) : [ترك] .

بالمتحرك ، وكذلك مررت بالمتحرك إلا المتحرك فيتعين [1] أنكَ مررتَ بالساكنِ كما تقدم التقرير .

2126 - وقد بسطت هذه المسائل في كتاب « الاستغناء في أحكام الاستثناءِ » [2] ، وهو مجلدٌ كبيرٌ أحدٌ وخمسون بابًا وأربعمائة مسألة في جميع ذلك إلا الاستثناء ، والاستثناءُ من الصفة في أغرب أبوابهِ ، وقد بسطته لك ها هنا بهذه المسائلِ ، وظهر لك معنى هذه المسائل في الطلاقِ بسببه ، ولولاه لم يفهم أصلًا البتة ، فنفائس القواعد لنوادر [3] المسائل ، وجميع ذلكَ من فضل اللّه تعالى على خلقهِ هدانا اللّه سواءَ السبيلِ في القولِ والعملِ .

---

(1) في (ص ، ك) : [يتعين] .

(2) « الاستغناء في أحكام الاستثناء » للإمام شهاب الدين أبي العباس القرافي المتوفى سنة 684 هـ انظر : الايضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون 73/3 .

(3) في (ص ، ك) : [النوادر] .

الفرق الرابع والستون والمائة

بين قاعدة استثناء الكل من الكل
وبين قاعدة استثناء الوحدات من الطلاق

2127 - اعلم أن العلماءَ نَصُّوا على أنه إذا قال : قَامَ زيدٌ وعمروٌ وخالدٌ إلا خالدًا لا يجوزُ ؛ لأنه استثنى [1] جملةَ منطوقٍ به في المعطوفِ ، والاستثناءُ إنما جعل الإخراج ما كان معرضًا للنسيان فيندرجُ في الكلامِ سَهْوًا فيخرجُ بالاستثناءِ ، وإذا قصد إلى شيء في المعطوفِ [2] لا يَصِحُّ استثناؤُه بعد ذلك ؛ لأنهُ مثلُ الكلامِ المستقل المقصود ، وعلى سياق هذه القاعدة يمتنع أنت طالقٌ واحدةً وواحدةً وواحدةً [3] إلا واحدةً ، لأنه استثناء [4] جملة منطوق به ، وهو المعطوفُ كما تقدم ، غير أن الأصحابَ جَوزُوهُ ، وما علمت فيه خلافًا ، ويعللونه بأن الثلاثَ لها عبارتان : أنتِ طالقٌ ثلاثًا ، وأنت طالقٌ واحدةً وواحدةً وواحدةً ، فكما صَحَّ الاستثناءُ من الثلاثِ كذلك [5] يَصِحُّ من هذه العبارة الأخرى ، والفرق [6] أيضًا أن خصوص الوحدات [ليس مقصودًا] [7] للعقلاء بخلاف زيدٍ وعمرو ، فكل واحد منهما خصوصٌ ليس للآخر ، وأما الوحداتُ فمستويةٌ من حيثُ هِي واحداتٌ ، فصارُ إجمالُها وتفصيلُها سواءَ ، ويلزمُ على سياق هذا التعليل إذا قال : للّه عَلَيَّ درهمٌ ودرهمٌ إلا درهمًا لا يلزمُه إلا درهمًا لا يلزمُه إلا درهمان ؛ لأنَّ الدراهمَ والدنانيرَ عندهم لا تتعين ، وإن عُيِّنَتْ فإن [8] خصوصَ درهمٍ لا مَزِيَّةَ له عَلَى خُصُوصِ درهم آخر ، ولم أر هم في هذا نقلاً فإن طردوا أصلهم فهو أقرب من حيث الجملةُ ، وإن كان العطف ظاهرًا في منع الاستثناء مطلقًا ، وحكى ابن أبي زيد في النوادر المنع ، ولم يحك خلافًا .

---

(1) في (ط) : [استثناء] .

(2) في (ط) : [بالعطف] .

(3) ساقطة من (ص ، ك) .

(4) في (ص ، ك) : [استثنى] .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) في (ط) : [الفرض] .

(7) في (ص ، ك) : [ليست مقصودة] .

(8) في (ص ، ك) : [وإن] .

الفرق الخامس والستون والمائة

بين قاعدة التصرف في المعدوم الذي يمكن أن يتقرر في الذمة وبين قاعدة التصرف في المعدوم الذي لا يمكن أن يتقرر في الذمة

2128 - اعلم أن مالكًا وأبا حنيفةَ ﷺ اتفقا على جوازِ التعليقِ في الطلاق والعتاقِ قبل النكاحِ ، كذلك العتق قبل الملكِ فيقول للأجنبية : إن تزوجتُك فأنتِ طالقٌ ، وللعبدِ إن اشتريتُك فأنت حرٌ ، فيلزمه [1] الطلاقُ والعتاقُ [2] إذا تزوج واشترى . وقال الشافعي [3] ﷺ : لا يلزمُه شيء من ذلك ، ووافقنا على جواز التصرف بالنذرِ قبل [4] الملِك فيقول : إن ملكت دينارًا فهو صدقةٌ ، وكذلك جميعُ ما يمكن أن يتصدقَ به المسلمُ في الذمةِ في بابِ المعاملاتِ ، فتمسك الأصحابُ بوجوه :

2129 - **أحدها** : القياسُ على النذرِ في غيرِ المملوكِ بجامع الإلزامِ بالمعدوم .

2130 - **وثانيها** : قولُه تعالى : ﴿ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾ [المائدة : 1] و [الطلاق والعتاق] [5] عقدان عقدهما على نفسه ، فيجب الوفاء بهما .

2131 - **وثالثها** : [6] قوله [عليه الصلاة والسلام] [7] « المؤمنون عند شروطهم » [8] وهذان شرطان فوجب الوقوف معهما .

2132 - **وأجابَ الشافعيةُ عن الأول** بأن النقدين والعروضَ يمكن أن يثبتا [9] في الذمم ، فوقع الالتزامُ بناءً على ما في الذمة ، والطلاقُ والعتاقُ لا يثبتان في الذمِ والتصرفُ يعتمد [الموجود المعين] [10] أو ما في الذمة ، فإذا [11] انتفيا معًا بطل التَصرفُ . ألا ترى أن البيعَ إذا لم يَكُنْ عَلَى معين ولا في الذمة فإنه يبطُلُ ، كذلك ها هنا .

2133 - **وعن الثاني** : أن قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾ [المائدة : 1] أمرٌ بالوفاءِ

---

(1) في (ص) : [ويلزمه] .
(2) في (ص ، ك) : [العتق] .
(3) في (ص ، ك) : [رحمه الله] .
(4) في (ك) : [فكل] .
(5) في (ص ، ك) : [والعتاق والطلاق] .
(6) في (ص) : [وثالثهما] .
(7) في (ص) : [عليه السلام] وفي (ك) : [ﷺ] .
(8) أخرجه : البخاري كتاب الإجارة ، باب أجر السمسرة (452/4) بلفظ « المسلمون » .
(9) في (ص ، ط ، ك) : [يثبت] والصواب ما أثبتناه .
(10) في (ط) : [موجودا معينا] .
(11) في (ط) : [وإذا] .

[بالعقود ، والأوامر] [1] لا تتعلقُ [2] إلا [3] بمعدومٍ مستقبلٍ ، والعقدُ قد وقع وصارَ ماضيًا ، فلا يصح أن يتعلق إلا بالوفاء به ، فيتعين أن الأمرَ متعلق بالوفاء بمقتضاه ، ويكون التقدير : أوفوا بمقتضياتِ العقودِ ، ونحن نقولُ بموجبه ، ويُوَفى بمقتضاه ، ولكن النزاع في مقتضاه ما هو [4] هل لزوم الطلاق أم لا ، فلا يَحْصُلُ المقصودُ من الآية ، وهذا هو الجواب عن الحديثِ ، فإن الكونَ عند الشروطِ إنما هو الوفاءُ بمقتضاها ، وكونُ الطلاق من مقتضاها هو محل النزاع .

2134 - وللمالكية أن يجيبوا عن هذين الجوابين بأن مقتضى العقد ومقتضى الشرط هو ما دل اللفظ [5] عليه لغةً ، لأنه مقتضاهُ إجماعًا ، وأما المقتضَى الشرعي فهو صورةُ النزاعِ ، ونحن إنما نتمسكُ بالمقتضَى اللغوي ، ولاشكَّ أن المقتضَى اللغوي في العقدِ والشرطِ هو لزومُ الطلاقِ ، فوجبَ أن يكونَ متعلقُ الأمر في الآية والحديثِ وهو المطلوبُ ، ولو حمل على المقتضَى الشرعي لكان التقديرُ : أوفوا بما يوجب عليكم شرعًا الوفاءُ به ، ونحن لا نعلمُ الوجوبُ إلا من هذا الأمر ، فليزمُ الدورُ لتوقف كل واحد منهما على الآخر ، أما إذا حُمِلَ على المقتضى اللغوي لا يلزمُ الدورُ لعدمِ توقفِ اللغةِ على الشرائِع ، وها هنا قاعدةٌ يشكل مذهب مالك وأبي حنيفة باعتبارها وهو أن كل سببٍ شرعه الله تعالى لحكمة لا يشرعهُ عند عدمِ تلك الحكمة ، كما شرع التعزيرات والحدودِ للزجر ، ولم يشرعها في حق المجانين ، وإن تقدمت الجناية [6] منهم حالة التكليف لعدم شُعُورِهم بمقاديرِ انخراقِ الحرمةِ والذلِ [7] والمهانِة في حالة الغفلة ، فلا يحصُل الزجرُ ، وشرع البيع للاختصاصِ بالمنافِع في العوضين ، ولم يشرعه فيما لا ينتفع به ، ولا فيما كَثُرَ غرره أو جهالتُه ، لعدم انضباطِ الانتفاعِ مع الغررِ والجهالةِ المخلين بالأرباحِ ، وحصولِ الأعيانِ ، وشرع اللعان لنفي النسب ، ولم يشرعه للمجبوب ، والخصي لانتفاء النسبِ بغير لعانٍ ، وذلك كثير في الشريعة وضابطه أن كلّ سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع ، والنكاحُ سببٌ شرعي [8] شُرِعَ للتناسِل والمكارمةِ والمودة [9]

---

(1) في (ك) : [بالعقد والإلزام] .
(2) في (ك) : [يتعقل] .
(3) ساقطة من (ك) .
(4) (ص ، ك) : [ماذا] .
(5) زيادة من (ص ، ك) .
(6) في (ص ، ك) : [الجنايات] .
(7) في (ط) : [الذمة] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(8) زيادة من (ص ، ك) .
(9) في (ص) ، (ك) : [الموادة] .

فمَنْ قَالَ بشرعيته في صورةِ التعليق قبل الملك فقد الْتَزم شرعيته مع انتفاء حكمته ، فكان يلزم أن لا يصح [عليها العقدُ] [1] البتة ، لكن العقد صحيحٌ إجماعًا ، فدل ذلك على عدم لزوم الطلاق تحصيلًا لحكمة العقد ، وأما وجوب نصف الصداق وتبغيض الطلاق وغيرهما مما يتوقف [2] على هذا العقد فأمورٌ تابعةٌ لمقصودِ العقد ، فلا يشرع العقد لأجلها ، فحيثُ أجمعنا على شرعيتهِ دَلَّ ذلك على بقاءِ حكمته ، وهو بقاء النكاحِ المشتملِ على مَقَاصِدِه ، وهذا موضعٌ مُشْكِلٌ على أصحابنا فتأمله ، وقد ظهر لك أيضًا بما [3] تقدم من البحثِ الفرقُ بين ما يترتب في الذمِ وبين ما لا يترتب .

2135 - وأما تهويلُ [4] الشافعيةِ بقولهم : إن [5] الطلاقَ حَلٌّ ، والنكاح عقدٌ ، والحلُّ لا يكون قبل العقدِ ، وبما [6] يروونه عن رسولِ اللّهِ ﷺ كما خَرَّجَهُ التُّرمذي « لا نذر فيما لا يملك ابن آَدمَ ، ولا طلاقَ فيما لا يملك ، ولا عتاق فيما لا يملك » [7] .

2136 - فالجواب عنه [8] أن الطلاقَ لم نَقُل به في غير عقدِ ؛ لأنا لم نَقُلَ بلزوم [9] الطلاق إلا بعد حصولِ [10] العقدِ لا قبله ، فما قلنا الحلِ إلا بعد العقدِ ، وهو الجوابُ عن الحديثِ ، فإن طلاقَ ابن آدمَ وعتقَه إنما وقع فيما مَلَكَهُ ، وإنما المتقدمُ التعليق ، وربط الطلاق والعتاق بالملك لا نفس الطلاق والعتاق .

---

(1) في (ص ، ك) : [العقد عليها] .
(2) في (ص ، ك) : [يترتب] .
(3) في (ص ، ك) : [وما] .
(4) في (ك) : [هويل] .
(5) زيادة في (ص ، ك) .
(6) في (ك) : [وربما] .
(7) أخرجه الترمذي كتاب الطلاق واللعان (1101) .
(8) زيادة من (ص ، ك) .
(9) في (ص ، ك) : [يلزم] .
(10) ساقطة من (ص ، ك) .

الفرق السادس والستون والمائة

بين قاعدة الإيجابات التي يتقدمها سبب تام وبين قاعدة الإيجابات التي هي أجزاء الأسباب

2137 - اعلم أن الإيجابات ثلاثةُ أقسام : قسمٌ اتُّفِقَ على أن السببَ التام تقدمه ، وقسمُ اتُّفِقَ على أنه جزءُ السبب ، وقسمٌ مُخْتَلَفٌ فيه ، هل هو من القسمِ الأولِ أو من القسم الثاني ؟

2138 - فأما القسمُ الأولُ : وهو ما تقدمه سببٌ تام فيجوز تأخيرُه إجماعًا عن السبب ، كالخيارِ في عيوبِ النكاحِ ، وعيوبِ السلعِ في البيعِ ، وإمضاءِ [1] خيارِ الشرطِ ، ونحو ذلك ، كخيارِ الأمةِ إذا عتقت تحت عبد .

2139 - وأما القسم الثاني : الذي هو جزء السببُ ، فهذا لا يجوزُ تأخيرُه ، كالقبول بعد الإيجابِ في البيعِ والهبة والإجَارَةِ ، فلا يجوزُ تأخيرُ هذا القسم [إلى ما] [2] يدلُّ على الاعراضِ منهما عندَ العقدِ ؛ لئلا يؤدِّيَ إلى التشاجرِ والخصوماتِ بإنشاءِ عقد آخر مع شخص آخر .

2140 - والقسم الثالث : المختلفُ فيه [3] الجواب في التمليك اخْتُلِفَ فيه : هل هُوَ من القسم الأول فلا يَقْدَحُ فيه التأخيرُ [4] ، أو من الثاني فيقدحُ ، روايتان عن مالك .

2141 - قال اللخمي : وأرى إمهالَ المرأةِ ثلاثةَ أيامٍ كالمصراة والشفعة ، لما في الفراق [5] من الصعوبة .

2142 - قال الشيخ أبو الوليد بن رشد في المقدمات [6] : كان مالكٌ يقول : للمُمَلَّكَةِ

---

(1) في (ص ، ط) : [مضاء] .
(2) في (ك) : [لما] .
(3) ساقطة من (ك) .
(4) في (ط) : [التأخر] .
(5) في (ط) : [الفرق] .
(6) قال ابن رشد : عند مالك رحمه الله أن الرجل إذا ملك امرأته أمرها أو خيرها فليس له أن يرجع عن ذلك ، واختلف قوله في الحد الذي يكون إليه أمر المملكة والمخيرة بيدها ، فكان أول زمانه يقول ذلك بيدها ما لم ينفض المجلس الذي ملكها أو خيرها فيه ، فإن تفرقا منه سقط ما كان بيدها من ذلك إلا أن يقيده بالقبول في المجلس ، وهو قول أهل العلم ، ووجه هذا أن هذا تمليك أمر يقتضي الجواب ، فوجب أن يكون ذلك بيدها ما داما في المجلس كالمبايعة إذا قال الرجل : إن شئت سلعتي فهي لك بكذا وكذا ، فهذا لا اختلاف فيه أن ذلك إنما يكون له ما داما في المجلس لم يتفرقا عنه ، ثم قال مالك في آخر زمانه : إن أمر المملكة والمخيرة بيدها ، وإن =

والمخيرةِ الخيارُ [1] ، والخيرةُ في المجلسِ فقط كالمبايعةِ ، ثم [2] رجع إلى أن ذلك لها ، وإن افترقا لاحتياجها للمشاورةِ ، وهذا إذا باشرها أو وكيله ، فإن كتبَ إليها أو أرسَلَ رسولًا أو عَلَّق على شرطٍ لم يختلف قوله في تمادي ذلك ما لم يَطُلْ طولًا يَدُلُّ على الرضا بالإسقاطِ نحو أكثر من شهرين ؛ لأن كلام الزوجِ سُؤالٌ يَتصلُ بِهِ جوابه ، وجوابه للرسالة [3] مَعَ مُرْسله .

= تفرقا في المجلس ما لم يوقفها السلطان أو تتركه يطؤها ، ووجه القول أن هذا أمر خطير يحتاج فيه إلى الاستخارة ولاستشارة فافتقر إلى المهلة ، واختلاف قول مالك في هذا إنما هو إذا واجهها الزوج بالتمليك أو بالخيار أو من فوض الزوج ذلك إليه لاقتضاء ذلك منهما الجواب ، وأما إذا كتب إليها بذلك كتابًا أو أرسل لها رسولًا أو جعل أمرها بيدها أو تزوج عليها ، أو غاب عنها في جهة مدة ما أو أضر بها وما أشبه ذلك فلم يختلف قول مالك أن ذلك بيدها . (انظر : المقدمات لابن رشد 272/2 ، 273) .

(1) في (ص ، ك) : [القضاء] .
(2) في (ص ، ك) : [و] .
(3) في (ك) : [الرسالة] .

الفرق السابع والستون والمائة

بين قاعدة خيار التمليك في الزوجات
وبين قاعدة تخيير الإماء في العتق

إنه يجوز في الأول أن يقول الزوج لامرأته : إذا غبتُ عنكِ فأمرُك بيدك ، فتقول المرأة : [متى غبتَ عني] [1] فقد اخترتُ نفسي ، [فإن ذلك يلزمُه ، بخلافِ الأمةِ يحلف سيدُها بحريتها ، فتقولُ : إن فعلت فقد اخترتُ نفسي ، [فإن ذلك لا يلزمه] [2].[3] .

2143 - وسأل عبدُ الملك [4] بنُ الماجشون [5] مالكًا عن الفرقِ بين البابين ، فقال له مالك أتعرف دارَ قدامة ، ودارُ قدامة دار [6] يلعب فيها بالحمام بالمدينةِ ، فشق ذلك على عبد الملك ، والفرقُ أن الزوجَ أذن للحرة في القضاءِ الآن على ذلك التقدير ، والحالف بحرية الأمة لم يأذن ، وإنما قصدَ حَثَّ نفسِه باليمين على الفعل ، أو زجرها [7] عنه ، وإنما يستويان إذا قالت الحرة : إن ملكتني فقد اخترت نفسي .

2144 - ويرد عليه : أن اللّهَ تعالى قد أذن للأمةِ في القضاءِ على ذلك التقدير وهو العتقُ ، كما أذن للزوج .

2145 - (وجوابه) : أن [8] إذنَ [9] اللّهِ على التقاديرِ لا يترتبُ عليه صحةُ التصرفِ قبل وجودِ التقاديرِ [10] بدليلِ إسقاطِ الشفعةِ قبلَ البيعِ ، والإذن من الوارث [في التصرف] [11] قبل مرض الموت [12] وصرف الزكاة قبل ملك النصاب ، والتكفير قبل

---

(1) في (ص ، ك) : [إذا غاب] .
(2) ساقطة من (ص) .
(3) ساقطة من (ك) .
(4) في (ط) : [المالك] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(5) هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون القرشي الفقيه البحر الذي لا تدركه الدلاء مفتي المدينة من بيت علم بها وحديث . تفقه بأبيه ومالك وغيرهما وبه تفقه أئمة كابن حبيب وسحنون وابن المعذل . توفي على الأشهر سنة 212 ومن آثاره : كتاب كبير في الفقه . شجرة النور الزكية 56 .
(6) زيادة من (ص ، ك) .
(7) في (ص ، ك) : [زجره] .
(8) زيادة من (ص ، ك) .
(9) ساقطة من (ك) .
(10) في (ص ، ك) : [التقدير] .
(11) ساقطة من (ك) .
(12) في (ص) : [المورث] وفي (ك) : [الموروث] .

الحنث في اليمين ، فإن هذه التصرفاتِ حينئذ كُلُّها باطلةٌ ، وإن كانَ الشارعُ رتبها وأذن فيها على تلك التقاديرِ ؛ لأن القاعدةَ أن كُلَّ حكمٍ وقع قبل سببه وشرطه لا ينعقد إجماعًا ، وبعدهما ينعقد إجماعًا ، وبينَهُمَا في النفوذ قولان ، وقد تقدمت هذه القاعدةُ مبسوطةً ، فالحرةُ وُجِدَ في حَقِّها سببٌ ، وهو قولُ الزوج مع إذنِ الشرع المقدر ، والأمة انفرد في حقها الإذن المقدر فقط ، ولأن القاعدة أيضًا أن حقوق العباد إنما تسقط بإذن العباد ، وقد تقدمت أيضًا هذه القاعدة ، ونظرت بالوديعة والعارية إذا هلكت بإذنَ رَبِّهَا لا يضمن ، وبإذن صاحب الشرعِ يضمن ، ومسائل معها .

2146 - قال اللخمي : وسوى أصبغ الإماءَ بالزوجاتِ ، وسوى أشهبُ الزوجاتِ بالإماءِ لعدم ما يترتب عليه الإخبار .

الفرق الثامن والستون والمائة

بين قاعدة التمليك وبين قاعدة التخيير

2147 - اعلم أن موضوعَ [1] التمليكِ عند مالكٍ أصلُ الطلاق من غير إشعار بالبينونة ، ولا بالعددِ ، فلها أن تقضي بأي ذلك شاءت ، وموضوعُ التخيير عندنا الثلاثُ قبل البناء وبعده ، ومقصودُه البينونة ، فلذلك تقبل نيةُ الزوجِ فيما دون الثلاثِ قبل البناءِ لحصول المقصودِ وهو البينونةُ بالواحدةِ حينئذٍ دُونَ ما بعدَ البناءِ ؛ لأنه صريحٌ في البينونةِ لا يقبل المجاز ، كالثلاثِ إذا نطق بها .

2148 - قال القاضي عياضٌ في كتاب التنبيهات : في التخيير سبعةُ أقوالٍ المشهورُ هُوَ الثلاث نَوَتْهَا المرأةُ أم لَا ، فإن قَضَت بدونها ، فهل يسقط خيارها ؟ خِلَافٌ ، والثلاثُ وإن نوت دونها .

2149 - قال عبدُ الملك : وواحدةٌ بائنة وللزوج المناكرةُ في الثلاثِ ، وطلقةٌ واحدة [2] بائنة عند القاسم [3] الجهم [4] ، وعمر وعلي ﷺ ، وثلاثٌ إن قالت : اخترتُ نفسي ، وواحدةٌ بائنةٌ إن اختارت زوجها ، وأوردت الخيار عليه ، مروي عن مالك ، وطلقةٌ رجعية عند أبي يوسف ، وأسقط أبو حنيفة حكمه مطلقًا .

2150 - واتفق الشافعي وأبو حنيفة وابنُ حنبلٍ على أنه كنايةٌ لا يلزمه به شيءٌ إلا بالنيةِ ؛ لأن لفظَ التخييرِ يحتملُ التخييرَ في الطلاقِ وغيرهِ ، فإن أراد الطلاق فيحتمل الوحدة [5] والكثرةَ ، والأصلُ بقاءُ العصمةِ حتى يَنْوِيَ ، وقد اعتمدَ الأصحابُ على مدارك :

2151 - أحدها : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا ﴾ [الأحزاب : 28] قالوا : هذه الآيةُ تدلُّ على البينونةِ بالثلاثِ ، وقد أجاب اللخمي من أصحابِنا عنها بأربعة أوجه .

---

(1) في (ك) : [موضع] .
(2) ساقطة من (ص ، ك) .
(3) زيادة من (ك) .
(4) هو أبو الجهم ، العلاء بن موسى بن عطية الباهلي البغدادي ، سمع من : عبد العزيز بن الماجشون ، والليث بن سعد ، وسوار بن مصعب . حدث عنه : إسحاق بن سنين الختلي ، وأحمد بن علي الأبار ، وأبو القاسم البغوي . مات ببغداد في أول سنة ثمان وعشرين ومائتين . سير أعلام النبلاء 203/9 ، 204 .
(5) في (ص ، ك) : [الواحدة] .

2152 - أحدها : أنه ﷺ [1] كان المطلق لا النساء ، لقوله تعالى : ﴿ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ [الأحزاب : 28] .

2153 - وثانيها : سلمنا أن الأزواجَ كُنَّ اللائي طلقن ، لكن السراحَ لا يُوجِبُ إلا واحدة ، كما لو قال : سرحتك .

2154 - وثالثها : سلمنا أنه الثلاثُ ، لكنه مختصٌّ به ﷺ ؛ لأن تحريمَ الطلاقِ الثلاثِ معللٌ بالندمِ ، وهو ﷺ أملكُ لنفسه [2] منا .

2155 - ورابعها : أن التخييرَ إنما كان بين الحياةِ الدنيا والدارِ [3] الآخرة .

2156 - وثانيها : أن إحدى نسائه ﷺ اختارت نَفْسَها ، فكانت البتة ، فكان ذلك أصلًا في الخيار .

2157 - قال اللخمي : وهو غيرُ صحيحٍ ، والذي في الصحيحين أن عائشة رضي الله عنها قالت : «إني أريدُ اللَّهَ والدارَ الآخرةَ ، ثم قالت [4] فعل أزواجه مثل ذلك [5] .

2158 - وثالثها : أن المفهومَ من هذا اللفظِ عادةً إنما هو التخييرُ في الكونِ في العصمة أو مفارقتها ، هذا هو السابقُ للفهمِ [6] من قولِ القائلِ لزوجتهِ : خيرتك ، والأئمة الثلاثة ينازعون في أن هذا هو المفهوم عادة ، والصحيحُ الذي يظهر لي [7] أن قولَ الأئمة هو مقتضى اللفظِ لغة لا مرية في ذلك ، وإن مالكًا رحمه الله أفتى بالثلاث والبينونةِ كما تقدمَ بناءَ عَلَى عادةٍ كانت في زمانه أوجبت نَقْلَ اللفظِ عَنْ مُسَمَّاهُ اللغوي إلى هذا المفهومِ ، فصار صَرِيحًا فيه ، وهذا هُوَ الذي يتجه ، وهو سرُّ الفرقِ بين قاعدة التخيير والتمليكِ ، غير أنه يلزمُ عليه أن هَذَا الحكمَ قد بطل ، وتغيرت الفتيا فيه [8] ويجبُ الرجوعُ إلى اللغةِ كما قَالَهُ الأئمةُ ، وتصيرُ كنايةً محضة ؛ بسببِ [أن العرفَ] [9] قد تغير ، حَتَّى لم يَصِرْ أحدٌ يستعملُ هذا اللفظَ إلا في غايةِ الندرةِ ، فضلًا عن كثرةِ الاستعمالِ التي تُصيرُه منقولًا ، والقاعدةُ أن اللفظ متى كان الحكمُ فيه مضافًا لنقل عادي بطل ذلك الحكمُ عند بطلانِ تلك العادةِ ، وتغير إلى حكم آخرَ إن شهدت له عادةٌ أخرى ، فهذا هو الفقهُ المتجه .

---

(1) في (ص) : [السلم] .
(2) في (ص ، ك) : [بنفسه] .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) زيادة من (ص ، ك) .
(5) أخرجه : البخاري كتاب المظالم (2288) ، ومسلم كتاب الطلاق (2708) .
(6) في (ص ، ك) : [للأفهام] .
(7) ساقطة من (ص ، ك) .
(8) زيادة من (ك) .
(9) ساقطة من (ك) .

الفرق التاسع والستون والمائة

بين قاعدة ضم الشهادة [1] في الأقوال [2]
وبين [3] قاعدة عدم ضمها [4] في الأفعال

2159 - اعلم أن مالكًا رحمه الله تعالى [5] قال : إذا شهد أحدُهما أنه حَلَف أن لا يدخلَ الدار ، وأنه دخل ، وشهد الآخر أنه لا يُكَلِّمَ زيدًا ، وأنه كَلَّمَهُ ، حلفَ المشهودُ عليه ، فإن نكل سُجِنَ ؛ لأن الشاهدين [6] لم يتفقا على متعلقٍ واحدٍ ، وكذلك إذا اختلفا في العتق على هذه الصورة وقال : إذا شهد أحدُهما أنه طلقها بمكَةَ في رمضان ، وشهد الآخر أنه طلقها بمْصَر في صفر طلقت ، وكذلك العتق .

2160 - قال ابن يونس : ويشترط أن يكون بين البلدين مسافة يمكن قطعها في الأجل الذي بين الشهادتين ، وتضبط عدتها من يوم شهادة الأخير .

2161 - **قلت** : وينبغي حمل كلامه على العدة في القضاء ، أما في الحكم فما تعتقده الزوجة في تاريخ الطلاق .

2162 - و [7] قال اللخمي : قيل تُضَمُّ الشهادتان في الأقوال والأفعال ، أو إحداهما قولٌ والأخرى فعلٌ ، ويُقْضَى بها ، وقيل : لا يضمان مطلقًا وقيل : يُضَمّان في الأقوالِ فقط ، وقيل : يُضَمّان إذا [8] كَانَتا على فعل ، فإن كانت إحداهُما على قولٍ والأخرى على فِعْلٍ لم يُضَمَّا ، والأقوالُ كُلُّها لمالك رحمه الله تعالى [9] .

2163 - واعتمد الأُصحاب في الفرقِ بين الأقوالِ والأفعالِ أن الأقوالَ يمكن تكررُها ويكون الثاني خَبرًا عن الأول والأفعالُ لا يمكن تكررَها إلا مع التعدد ، وهذا الفرقُ فيه بحثٌ ، وذلك أن الأصلَ في الاستعمالِ الإنشاء وتجديد المعاني بتجدد الاستعمالات والتأسيس ، حتى يَدُلَّ دليلٌ على التأكيدِ لأنه مقصودُ الوضعِ ، ومقتضَى هذه القاعدةِ

---

(1) في (ط) : [الشهادتين] .
(2) في (ك) : [الأموال] .
(3) ساقطة من (ص ، ك) .
(4) في (ك) : [ضم الشهادة] وفي (ص) : [الشهادة] .
(5) زيادة من (ك) .
(6) في (ص ، ك) : [الشهادتين] .
(7) ساقطة من (ص ، ك) .
(8) في (ص) : [إن] .
(9) زيادة من (ك) .

عدمُ ضم الأقوال والأفعال [1] لعدم وجود النصاب في لفظ واحد منها ، لكن عارضَ هذه القاعدةَ قاعدةٌ أخرى ، وهي أن [أصلَ قولنا] [2] أنت طالق وأنت حر الخبر عن وقوع الطلاق والعتاق قبل زمن النطق وكذلك بعت واشتريت وسائر صيغ العقود وإنما ينصرف لاستحداث هذه المعاني بالقرائن أو النقل العرفي ، وإنما الأصل الخبر ، فشهادتهما بالقولين [3] شهادة بقول يصلح للإخبار والإنشاء فيحتمل القول الثاني على الإخبار في المرة الثانية ، عملًا بقاعدة ترجيح الأصل الذي هو الخبر ، والحمل على الأصل أولى ولذلك شبه الأصحاب بما لو أقر بمال في مجالس فإنه لا يتعدد عليه ما [أقر به] [4] ، أما لو فرضنا كل واحد من الشاهدين صمم على الإنشاء فيما سمعه ، كانت الأقوال كالأفعال في مقتضى كلام الأصحاب ، ومقتضى القواعد ، فيكون سر [5] الفرق على المشهور أنه أنشأ أولًا وأخبر ثانيًا عن ذلك الإنشاء ، ولما كان لفظ الإنشاء ولفظ الخبر صورتهما واحدة شرع ضم الثاني إلى الأول فيجتمع النصاب في شيء واحد ، فيلزم الطلاق والعتاق ، وأما الفعل الثاني فلا يمكن أن يكون [عين الأول] [6] لأنه لا يصلح أن يكون خبرًا عنه ، فإن الخبر من خصائص الأقوال ، فصار مشهودًا به آخر يحتاج [إلى نصاب] [7] كامل في نفسه ، فهذا [8] هو سر الفرق . ومن لاحظ قاعدة الإنشاء قال بعدم الضم فيهما وهو ظاهر ؛ لإجماعنا على أن اللفظ الأول محمول على الإنشاء لا على الخبر ، وما يقضى إلا به ولو كان المعتبر فيه الخبر دون الإنشاء أو هو متردد بينهما على السواء لم يقض بالطلاق ولا بالعتاق البتة ، كما نفعله في جميع الألفاظ المترددة ، وأما ضم الأفعال [9] مع تعذر الإخبار فيها فملاحظة للمعنى [10] دون خصوص السبب ، فإن [11] كل شاهد شهد بأنها مطلقة وبأي سبب كان ذلك لا يعرج عليه ، ولو صرحا بالطلاق ، هكذا انضمت الشهادات ، وأما عدم الضم إذا كانت إحداهما على [12] قول والأخرى على [13] فعل ؛ فلأن ذلك مختلف الجنس ، والضم إنما يكون في الجنس الواحد ، وضمُّ الشيء إلى جنسه أقرب من ضمه إلى غير جنسه ، وإذا شهد بتعليقين على شيء واحد في زمانين كرمضان [14] وصفر كما قال ، فإنه يجعل التعليق الثاني خبرًا

(1) في (ص ، ك) : [كالأفعال] .
(2) في (ص ، ك) : [الأصل] .
(3) في (ط) : [بالقرائن] .
(4) في (ص ، ك) : [القربة] .
(5) في (ك) : [بين] .
(6) في (ك) : [مخبر للأول] .
(7) في (ك) : [لنصاب] .
(8) في (ص) : [فهذه] .
(9) في (ص) : [الأقوال] وفي (ك) : [الأموال] .
(10) في (ك) : [المعنى] .
(11) في (ص) ، (ك) : [كان] .
(12) في (ص ، ك) : [عن] .
(13) في (ص ، ك) : [عن] .
(14) في (ك) : [كرمضانين] .

عن التعليق الأول لا إنشاء للربط ، بل إخبار عن ارتباط الطلاق بذلك المعنى ، وفي الأول أنشأ الربط به ، فالقول في ألفاظ التعاليق [1] كالقول في ألفاظ الإنشآت حرفًا بحرف [2] .

2164 - تفريع : قال اللخمي : لو شهد أحدهما [3] بالثلاث قبل أمس والثاني باثنتين أمس والثالث بواحدة اليوم لزم الثلاث ؛ لأن ضم الثاني للأول يوجب اثنتين قبل سماع الثالث ، فلما سمعه الثالث ضم للباقي [4] من الأول ، وكذلك لو شهد الثاني بواحدة والأخير باثنتين ؛ لأن الثاني مع الأول طلقتان يضم إليهما طلقة أخرى [5] وكذلك لو شهد الأول باثنتين والثاني بثلاث والأخير بواحدة هذا إذا علمت التواريخ ، فإن جهلت يختلف في لزوم الثلاث أو اثنتين ؛ لأن الزائد عليهما [6] من باب الطلاق بالشك .

2165 - وقال أبو حنيفة ﷺ : إذا شهد أحدهما بطلقة والآخر بأكثر لم يحكم بشيء لعدم حصول النصاب في شهادة [7] منهما [8] فلو [9] شهد أحدهما ببائنة والآخر برجعية ضمت الشهادتان ؛ لأن الاختلاف هاهنا إنما هو في الصفة .

2166 - قال مالك في المدونة : إذا شهد أحدهما أنه قال في محرم [10] إن فعلت كذا فامرأتي [11] طالق ، وشهد الآخر أنه قال ذلك في صفر ، وشهدا عليه أو غيرهما بالفعل بعد صفر طلقت لاتفاقهما على التعليق والمعلق عليه ، كما لو اتفقا على المقر به وله واختلفا في زمن الإقرار ، وإن شهد في مجلس على [12] التعليق ، وشهد أحدهما أنه فعل يوم الجمعة الشرط ، والآخر أنه فعله يوم السبت طلقت لاتفاقهما على التعليق ووقوع الشرط ، وكذلك لو نسبنا قوله لمكانين [13] .

---

(1) في (ك) : [التعليق] .

(2) قال ابن الشاط : قلت : لا أحسب ما بني عليه الفرق من كون القول الثاني خبرا عن الأول صحيحا بل الذي ينبغي أن يكون أصلا في هذه المسائل سواء كانت قولا أو فعلا أم كيفما كان أن ينظر إليها فإن قبلت الضم ضمت وإلا فلا انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 180/3 .

(3) في (ص ، ك) : [أحدهم] .

(4) في (ص ، ك) : [الباقي] .

(5) في (ص ، ك) : [الأخير] .

(6) في (ك) : [عليها] .

(7) في (ك) : [شهادته] .

(8) في (ص ، ك) : [منها] .

(9) في (ص ، ك) : [ولو] .

(10) في (ص ، ك) [رمضان] .

(11) في (ص ، ك) : [فامرأته] .

(12) زيادة من (ص ، ك) .

(13) قال مالك : وإن شهد عليه واحد أنه طلقها يوم الخميس بمصر في رمضان وشهد الآخر أنه طلقها يوم الجمعة بمكة في ذي الحجة فإنها طالق ، وكذلك في الحرية ، وإذا شهد عليه أنه قال في رمضان : إن دخلت =

2167 - واعلم أن هذه الإطلاقات إنما تصح إذا حمل الثاني على الخبر ، أما لو صمم كل واحد على الإنشاء فلا يوجد في هذه المسألة على هذا التقدير الضم في الشهادات ، وإنما وجد [1] في الإطلاقات المحتملة على ما تقدم بيانه على تلك القواعد المتقدمة .

= دار عمرو بن العاص فامرأتي طالق ، وشهد الآخر أنه قال في ذي الحجة إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتي طالق ، وشهد عليه أنه قد دخلها من بعد ذي الحجة فهي طالق ولا تبطل شهادتهما لاختلاف المواضع التي شهدا فيها على يمينه ، وتطلق عليه امرأته إذا شهد عليه بالدخول ، أشهد عليه بالدخول غيرهما إذا كان دخوله بعد ذي الحجة ؛ لأن اليمين إنما يلزمه شهادتهما جميعًا . (انظر : المدونة الكبرى 153/2) .

(1) في (ص ، ك) : [وجدت] .

الفرق السبعون والمائة [1]

بين قاعدة ما يلزم الكافر إذا أسلم وبين قاعدة مالا يلزمه

2168 - اعلم أن أحوال الكافر مختلفة إذا أسلم فيلزمه ثمن البياعات ، وأجر الإجارات ، ودفع الديون التي اقترضها ونحو ذلك ، ولا يلزمه من حقوق الآدميين القصاص ولا الغصب والنهب إن كان حربيًا ، وأما الذمي فيلزمه جميع المظالم وردها ؛ لأنه عقد الذمة ، وهو راضٍ بمقتضى عقد الذمة ، وأما الحربي فلم يرض بشيء ، فلذلك أسقطنا عنه الغصوب والنهوب والغارات ونحوها ، وأما حقوق اللّه تعالى فلا تلزمه وإن كان ذميا مما تقدم في كفره ، لا ظهار ولا نذر ولا يمين من الأيمان ، ولا قضاء الصلوات ولا الزكوات ، ولاشيء فرط فيه من حقوق اللّه تعالى لقوله [عليه الصلاة والسلام] [2] « الإسلام [3] يجب ما قبله » [4] .

2169 - وضابط الفرق أن حقوق العباد قسمان : منها ما رضي به حالة كفره واطمأنت نفسه بدفعه لمستحقه ، فهذا لا يسقط بالإسلام ؛ لأن إلزامه إياه ليس منفرًا له عن الإسلام لرضاه به [5] ، وما لم يرض بدفعه لمستحقه كالقتل والغصب ونحوه ، فإن هذه الأمور إنما دخل عليها معتمدًا على أنه لا يوفيها أهلها ، فهذا كله يسقط ؛ لأن في إلزامه مالم يعتقد لزومه تنفيرًا له عن الإسلام ، فقدمت مصلحة الإسلام على مصلحة ذوي الحقوق ، وأما حقوق اللّه تعالى فتسقط مطلقا رضي بها أم لا ، والفرق بينهما وبين حقوق الآدميين من وجهين :

2170 - **أحدهما** : أن الإسلام حق اللّه تعالى ، والعبادات ونحوها حق اللّه تعالى ، فلما كان الحقان لجهة واحدة ناسب أن يقدم أحدهما على الآخر ويسقط الآخر لحصول الحق الثاني [6] لجهة الحق الساقط ، [و] [7] أما حق الآدميين فجهة الآدميين والإسلام ليس حقًّا لهم ، بل لجهة اللّه تعالى ، فناسب أن لا يسقط حقهم بتحصيل [حق غيرهم] [8] .

2171 - **وثانيهما** : أن اللّه تعالى كريم جواد تناسب رحمته المسامحة ، والعبد بخيل

---

(1) ساقطة من (ص) .

(2) في (ص ، ك) : [ﷺ] .

(3) ساقطة من (ك) .

(4) أخرجه أحمد في المسند 204/4 ، 205 .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) في (ص ، ك) : [الباقي] .

(7) ساقطة من (ص ، ك) .

(8) في (ص) : [غير حقهم] وفي (ك) : [غيره حقهم] .

ضعيف فناسب ذلك التمسك بحقه ، فسقطت حقوق اللّه تعالى مطلقًا ، وإن رضي بها كالنذور والأيمان ، أولم يرض بها كالصلوات والصيام ، ولا يسقط من حقوق العباد إلا ما تقدم الرضا به . فهذا هو الفرق بين القاعدتين .

الفرق الحادي والسبعون والمائة [1]

بين قاعدة ما يجزئ فيه فعل غير المكلف عنه [2]

وبين قاعدة مالا يجزئ فيه فعل الغير عنه [3]

2172 - اعلم أن الأفعال المأمور بها ثلاثة أقسام :

2173 - قسم : اتفق الناس على صحة فعل غير المأمور به عن المأمور ، وذلك كدفع المغصوب للمغصوب منه وإن لم يشعر الغاصب ، فإن ذلك يسد المسد ويزيل التكليف ، ودفع النفقات للزوجات والأقارب والدواب ، فإن دفعها غير [4] من وجبت [5] عليه [6] لمن وجبت له أجزأت وإن لم يشعر المأمور بها من زوج أو قريب [7] ، وكذلك دفع اللقطة لمستحقها وإن لم يشعر ملتقطها وهذا النحو .

2174 - وقسم اتفق الناس على عدم إجزاء فعل غير المأمور به [8] فيه ، وهو الإيمان والتوحيد والإجلال والتعظيم لله ﷻ، وكذلك حكي في الصلاة الإجماع ونقل الخلاف [9] في مذهب الشافعي في الصلاة عن الشيخ أبي إسحاق [10] ، ويقال : إنه مسبوق بالإجماع [11] .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) . (2) ساقطة من (ص) .

(3) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله بعد إلى آخر القواعد نقل لا كلام فيه ، وصحيح ظاهر إلا قوله : « بتقدير ملك المقتول خطأ للدية » فإن الصحيح فيها عندي أنه يملكها بإنفاذ المقاتل لا بالزهوق ، ولكن لا يجب أداؤها إلا بالزهوق كثمن المبيع إلى أجل يدخل في ملك البائع بالعقد ، ثم لا يجب الأداء إلا عند تمام الأجل والله أعلم ، وإلا قوله : يقدر انتقال ملكه عنه للمعتق عنه قبل صدور العتق بالزمن الفرد فإنه لا حاجة إلى ذلك التقدير بناء على قاعدة صحة النيابة في الأمور المالية . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 185/3 ، 186 .

(4) في (ك) : [عن] . (5) في (ط) : [وجب] .

(6) ساقطة من (ك) . (7) في (ط) : [قربت] .

(8) ساقطة من (ص ، ك) . (9) في (ص ، ك) : [خلاف] .

(10) هو أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهران ، الإسفراييني الأصولي الشافعي ، الملقب بركن الدين ، أحد المجتهدين في عصره ، ارتحل في طلب الحديث ، وسمع من : دعلج السجزي ، وعبد الخالق بن أبي رؤيا ، ومحمد بن يزداد بن مسعود ، وغيرهم . حدث عنه : أبو بكر البيهقي ، والقشيري ، وأبو الطيب الطبري . ومن تصانيفه كتاب : « جامع الحلى في أصول الدين والرد على الملحدين » و « أدب الجدل » و « العقيدة » . توفي بنيسابور يوم عاشوراء من سنة ثماني عشرة وأربعمائة .

سير أعلام النبلاء 226/13 . (11) في (ك) : [الاجماع] .

2175 - وقسم : مختلف فيه هل يجزئ فعل غير المأمور عن المأمور به ويسد المسد أم لا ؟ وفيه أربع مسائل :

2176 - المسألة الأولى : الزكاة إن أخرجها أحد بغير علم من هي عليه [أو] [1] غير إذنه في ذلك ، فإن كان غير الإمام فمقتضى قول أصحابنا في الأضحية يذبحها غير ربها بغير علمه وإذنه ، و [2] إن كان الفاعل لذلك صديقه ، ومن شأنه أن يفعل ذلك له بغير إذنه ؛ لأنه بمنزلة نفسه عنده لتمكن الصداقة بينهما أجزأته الأضحية إن كان مخرج الزكاة من هذا القبيل ، فمقتضى قولهم في الأضحية : إن الزكاة تجزئه ؛ لأن كليهما عبادة مأمور بها ، مفتقرة للنية ، وإن كان ليس من هذا القبيل لا تجزئ عن ربها لافتقارها للنية على الصحيح من المذهب لأجل شائبة العبادة ، وعلى القول بعدم اشتراط النية فيها [3] ينبغي أن يجزئ فعل الغير فيها مطلقًا كالدين والوديعة ونحوهما مما تقدم في القسم المجمع عليه [4] ، وهذا القول أعني عدم اشتراط النية [قاله بعض أصحابنا ، وقاسها على الديون ، واستدل بأخذ الإمام لها كرهًا على عدم اشتراط النية] [5] .

وباشتراطها قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل ﷺ أجمعين [6] لما فيها من شائبة التعبد من جهة مقاديرها في نصبها ، والواجب فيها وغير ذلك ، وإن أخذها الإمام كرهًا وهو عدل أجزأت عند مالك وعند الشافعي رحمهما الله تعالى [7] اعتمادًا على فعل الصديق ﷺ ، ولظاهر القرآن ، وهو قوله تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ [8] ﴾ [التوبة : 103] وظاهر الأمر الوجوب الذي أقل مراتبه الإذن والإجزاء ؛

---

(1) في (ص) ، (ك) : [و] . (2) زيادة من (ص ، ك) .

(3) في (ص) : [فيما] .

(4) قال ابن قدامة : إن عين أضحية فذبحها غيره بغير إذنه أجزأت عن صاحبها . ولا ضمان على ذابحها . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك : هي شاة لحم لصاحبها أرشها وعليه بدلها ؛ لأن الذبح عبادة فإذا فعلها غير صاحبها عنه بغير إذنه لم تقع الموقع كالزكاة . وقال الشافعي : تجزئ عن صاحبها وله على ذابحها أرش ما بين قيمتها صحيحة ومذبوحة ؛ لأن الذبح أحد مقصودي الهدي فإذا فعله فاعل بغير إذنه المضحي ضمنه كتفرقة اللحم . ولنا على مالك أنه فعل لا يفتقر إلى النية فإذا فعله غير الصاحب أجزأ عنه كغسل ثوبه من النجاسة وعلى الشافعي أنها أضحية أجزأت عن صاحبها ووقعت موقعها فلم يضمن ذابحها كما لو كان بإذن . انظر : المغني 642/8 .

(5) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(6) في (ط) : [عنهما] وفي (ص) : [عنهم] والمثبت من (ك) .

(7) ساقطة من (ص) و (ك) . (8) ساقطة من (ص ، ك) .

و (1) لأن الإمام وكيل الفقراء فله أخذ حقهم قهرًا كسائر الحقوق .

2177 - وقال أبو حنيفة : لا يأخذها الإمام كرهًا ، لكن يلجئه إلى دفعها بالحبس وغيره ؛ لافتقارها للنية ، والإكراه مع النية متنافيان .

2178 - المسألة الثانية : الحج عن الغير منعه مالك ، وجوزه الشافعي ﷺ بناءً على شائبة المال (2) ، والعبادات المالية يدخلها النيابات (3) ، ومالك يلاحظ أن المال فيه عارض بدليل المكي يحج بغير مال ، بل عروض المال في الحج كعروض المال في صلاة الجمعة لمن داره بعيدة عن المسجد ، فيكتري دابة يصل عليها للمسجد ، ولما لم تجز صلاة الجمعة عن الغير فكذلك الحج ، وللشافعي الفرق بأن عروض المال في الحج أكثر ، ولما ورد في الأحاديث من الحج عن الصبيان والمرضى يحرم عنهم ، ويفعل أفعال الحج ، والعبادات أمر متبع .

2179 - المسألة الثالثة : الصوم عن الميت إذا فرط فيه جوزه أحمد بن حنبل ، وروى الشافعية ذلك أيضًا في مذهبهم (4) لقوله عليه الصلاة والسلام (5) « من لم يصم صام عنه وليه » (6) ، ولم يجوزه مالك رحمه الله تعالى (7) لقوله تعالى : ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .

(2) قال الغزالي : في حالة جواز الاستنابة . لها شرطان : الأول : العجز عن المباشرة بالموت أو بزَمَانَةٍ لا يُرجى زوالها . وقال مالك : تختص الاستنابة بحالة الموت لورود الحديث فيه . لكنا نقول : الحي العاجز الميئوس منه أولى بالاستنابة لقدرته على النية . الثاني : أن يكون المستناب فيه حجًا مفروضًا : أما التطوع ففيه قولان : أحدهما : المنع ؛ لأنه طارح عن القياس . الثاني : نعم ؛ لأنه إذا تطرف النيابة إليه كان التطوع في معنى الفرض . انظر : الوسيط 590/2 ، 591 .
وقال ابن قدامة : لا يجوز أن يستنيب في الحج الواجب من يقدر على الحج بنفسه إجماعًا . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من عليه حجة الإسلام وهو قادر على أن يحج لا يجزئ عنه أن يحج غيره عنه . والحج المنذور كحجة الإسلام في إباحة الإستنابة عند العجز ، والمنع منها مع القدرة . انظر : المغني 230/3 .

(3) في (ص ، ك) : [النيابة] .

(4) إذا مات المفرط بعد أن أدركه رمضان آخر أطعم عنه لكل يوم مسكين واحد ، هذا ما نص عليه أحمد بن حنبل . انظر : المغني 145/3 .
أما مذهب الشافعية : فقالوا من تعدى بترك الصوم ومات قبل القضاء أخرج من تركته مدّ لكل يوم . وفي القديم قول : إنه يصوم عنه وليه ، وأما من فاته بالمرض ولم يتمكن من القضاء حتى مات فلا شيء عليه . انظر الوسيط 551/2 ، 552 .

(5) في (ص ، ك) [ﷺ] .

(6) أخرجه : البخاري (الصوم) (1816) ، مسلم (صيام) (1935) ، أبو داود (الصوم) (2048) بلفظ « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » .

(7) ساقطة من (ص ، ك) .

مَا سَعَىٰ ﴾ [النجم : 39] وقياسًا على الصلاة ، ومن هذا الباب الحج عن الميت أيضًا .

2180 - المسألة الرابعة : عتق الإنسان عن غيره ، قال مالك [رحمه الله تعالى] [1] في المدونة : من أعتق عبده عن ظهار غيره على جعل جعله له فالولاء للمعتق عنه وعليه الجعل ، ولا يجزئه كالمشتري بشرط العتق [2] .

2181 - قال ابن القصار : وإذا لم يكن في الجعل وضيعة عن الثمن جاز ؛ لأنه إذا جاز [هبته فبيعه] [3] أولى .

2182 - وقال صاحب الجواهر : في العتق عن الغير ثلاثة أقوال : الإجزاء ، وهو المشهور قاله ابن القاسم ، ولأشهب [4] عدم الإجزاء ، وقال عبد الملك : إن أذن له [5] في العتق عنه [6] أجزأ عنه وإلا فلا وقاله [7] الشافعي [8] ﷺ .

2183 - قال اللخمي : يجزئ العتق عن ظهار الغير عند ابن القاسم وإن كان أبا للمعتق [9] .

وفرق بعض الأصحاب بين عتق الإنسان عن غيره وبين دفع الزكاة عنه ، فلا يجزئ في الثاني ؛ لأنها ليست في الذمة والكفارة في الذمة .

قال اللخمي : والحق الإجزاء فيهما لأنهما كالدين ، وهذه المسألة دائرة بين قواعد :

2184 - القاعدة الأولى : قاعدة التقادير الشرعية وهي إعطاء الموجود حكم المعدوم والمعدوم حكم الموجود ، فالأول كالغرر والجهالة في العقود إذا بلى [10] أو تعذر الاحتراز عنهما نحو أساس الدار وقطن الجبة ورداءة بواطن [11] الفواكه ودم البراغيث ونجاسة ثوب المرضع والوارث الكافر أو العبد يقدر عدمه فلا يحجب ، والثاني كتقدير الملك في

---

(1) زيادة من (ك) .

(2) قيل لمالك : أرأيت إن أعتق رجل عبدًا من عبيده عن رجل عن ظهاره عن جعل جعله له ، أيكون الولاء للذي أعتق عنه ويكون لازمًا للذي جعله له ؟ قال : نعم ، ولا يجزئه عن ظهاره ، والجعل له لازمًا ، والولاء الجعل له ، وهذا يشبه عندي أن يشتريها بشرط فيعتقها عن ظهاره فلا يجزئه ذلك وهو حر ، والولاء له إذا اعتقه . انظر : المدونة الكبرى 313/2 .

(3) في (ص) : [هبته مبيعًا] . وفي (ك) : [رهنه فبيعا] .

(4) في (ص) : [والأشهب] وفي (ك) : [أشهب] .

(5 ، 6) زيادة من (ص ، ك) . (7) في (ص) ، (ك) : [قال] .

(8) في (ص) : [ﷺ] . وفي (ك) : [رحمه الله تعالى] .

(9) في (ص ، ك) : [المعتق] .

(10) في (ط) : [قلا] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(11) في (ص ، ك) : [باطن] .

الدية مقدمًا [1] قبل زهوق الروح في المقتول خطأً حتى يصح فيها الإرث ؛ فإنها لا تجب [2] إلا بالزهوق ، وحينئذٍ لا يقبل المحل الملك ، والميراث فرع ملك الموروث [3] فيقدر الشارع الملك متقدمًا قبل الزهوق بالزمن الفرد حتى يصح الإرث ، وكتقدير النية في أول العبادات ممتدة إلى آخرها ، وكتقدير الإيمان في حق النائم و [4] الغافل حتى تنعصم دماؤهم وأموالهم ، وتقدير الكفر في الكافر الغافل حتى تصح إباحة الدم والمال والذرية . وقاعدة التقادير قد تقدمت في خطاب الوضع .

2185 - القاعدة الثانية : أن الهبة إذا لم يتصل بها قبض بطلت .

2186 - القاعدة الثالثة : أن [5] الكفارات عبادة فيشترط فيها النية وهو المشهور عندنا [6] ، وقيل : لا تجب النية .

2187 - القاعدة الرابعة : كل من عمل لغيره [عملًا أو أوصل نفعًا لغيره] [7] من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره نفذ ذلك ، فإن كان متبرعًا لم يرجع به ، أو غير متبرع وهو منفعة فله أجرة مثله ، أو مال غير [8] فله أخذه ممن دفعه عنه بشرط أن يكون المعمول له لا بد من عمل ذلك بالاستئجار أو إنفاق ذلك المال ، أما إن كان شأنه فعله إياه بغير استئجار [لنفسه أو لغلامه] [9] وتحصيل [10] تلك المصلحة بغير مال فلا غرم عليه ، والقول قول العامل في عدم التبرع ، وهذه قاعدة مذهب مالك [رحمه الله] [11] نص عليها ابن أبي زيد في النوادر وصاحب الجواهر في كتاب الإجارات ، ولا تختص هذه القاعدة بما يجب على المدفوع عنه كالدين [12] بل يندرج فيها غسل الثوب وخياطته ورمي التراب من الدار ونحوه ذلك على الشروط المتقدمة ، ويجعل مالك لسان الحال قائمًا مقام لسان المقال ، فكأنه أذن له في ذلك بلسان مقاله ، وخالفنا الشافعي في هذه القاعدة ، وجعل الأصل في فعل الغير التبرع ، وإذا لم يأذن له [13] المدفوع عنه بلسان المقال لا يرجع عليه بشيء ، فمن لاحظ هذه القاعدة وهو مالك وابن القاسم [فيقول] [14] : المعتق

---

(1) في (ص ، ك) : [متقدمًا] .

(2) في (ط) : [تنجب] .

(3) في (ص) : [المورث] .

(4) زيادة من (ص) .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) في (ك) : [وعنده] .

(7) زيادة من (ص ، ك) .

(8) زيادة من (ص) .

(9) في (ص ، ك) : [بنفسه أو بغلامه] .

(10) في (ط) : [تحصل] .

(11) زيادة من (ك) .

(12) في (ص ، ك) : [كالديون] .

(13) ساقطة من (ص ، ك) .

(14) في (ص ، ك) : [ويقول] .

قام عن المعتق عنه بواجب من [1] شأنه أن يفعله ويقدر انتقال ملكه عنه [2] للمعتق عنه قبل صدور العتق بالزمن الفرد حتى يثبت الولاء له [3] وتبرأ ذمته من الكفارة ، ويشكل عليه بقاعدة النية ، فإنه يشترطها وهي متعذرة مع الغفلة ، ونجيب بالقياس على العتق عن الميت ، ويرد عليه الفرق بأن الحي متمكن من العتق عن نفسه بخلاف الميت ، وقد تعذر عليه باب التقرب فناسب أن يوسع الشرع له في ذلك ، وله القياس على أخذ الزكاة كرهًا مع اشتراط النية فيها ، ويفرق أيضًا بأنها [4] حالة ضرورة لأجل امتناع المالك ، وهاهنا المعتق عنه غير ممتنع ، وبأن مصلحة الزكاة عامة فيوسع فيها لعموم الضرورة ، بخلاف الكفارات فإنها [5] قليلة ، وهي خاصة ، فلا يخالف فيها قاعدة النية .

والشافعي يعتبر قاعدة النية وهي منفية حالة [6] عدم الإذن ، وأشهب يقول : الإذن من باب الكلام والإباحة والنية من باب المقاصد والإرادة فلا يقوم أحدهما مقام الآخر ، ولا يستقيم قصد الإنسان لعتق ملك غيره .

2188 - وقال أبو حنيفة ﷺ : إن دفع له جعلا أجزأ و إلا فلا للقاعدة [7] الثانية ، فتخرج بالجعل عن الهبة فلا يحتاج إلى قصد ، فهذه القواعد هي سر هذه المسألة وهي مشكلة ، وأشكل منها ما نص عليه عبد الحق أنه يجوز العتق عن الغير تطوعًا بغير إذنه ، وهذا [8] أشكل من الواجب ؛ لأن الواجب فيه دلالة الحال دون المقال وهاهنا لا [9] دلالة حال ولا مقال فلا يتجه ، ويكون أبعد من العتق عن الواجب ، ومن يشترط الإذن يقول : الإذن تضمن الوكالة في نقل ملكه [للآذن] [10] ، وعتقه عنه بعد انتقال الملك ، ويكون المأذون له وكيلًا في الأمرين ، ومتوليًا لطرفي العقد ، والموجب لهذه التقادير كلها أنه لا يصح هذا التصرف إلا بها ، وما تعذر تصحيح الكلام إلا به وجب المصير إليه صونًا للكلام عن الإلغاء . فهذا تحرير هذا الفرق وتحرير مسائله [11] .

---

(1) في (ص ، ك) : [وما] .
(2) ساقطة من (ص ، ك) .
(3) زيادة من (ص ، ك) .
(4) ساقطة من (ك) .
(5) ساقطة من (ص ، ك) .
(6) في (ص ، ك) : [حال] .
(7) في (ص ، ك) : [القاعدة] .
(8) في (ص ، ك) : [وهو] .
(9) ساقطة من (ك) .
(10) في (ص) ، (ك) : [الآذن] .
(11) قال ابن الشاط : « قلت : لا إشكال في ذلك بناء على قاعدة جواز النيابة في الأمور المالية عبادة كانت أو غيرها ، ولا يحتاج فيها إلى الإذن ولا إلى تقدير الملك والوكالة والله أعلم » . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (191/3) .

الفرق الثاني والسبعون والمائة

بين قاعدة ما يصل إلى الميت وقاعدة مالا يصل إليه

2189 - القربات ثلاثة أقسام :

2190 - قسم : حجر اللّه تعالى على عباده في ثوابه ، ولم يجعل لهم نقله لغيرهم كالإيمان والتوحيد [1] فلو أراد أحد أن يهب قريبه الكافر إيمانه ليدخل الجنة دونه لم يكن له ذلك ، بل إن كفر الحي هلكا معًا ، أما هبة الثواب مع بقاء الأصل فلا سبيل إليه ، وقيل : الإجماع في الصلاة أيضًا ، وقيل : [لا إجماع] [2] فيها .

2191 - وقسم : اتفق الناس على أن اللّه تعالى أذن في نقل ثوابه للميت ، وهو القربات المالية كالصدقة والعتق .

2192 - وقسم : اختلف فيه هل فيه حجر أم لا ؟ وهو الصيام والحج وقراءة القرآن ، فلا يصل [3] شيء من ذلك للميت عند مالك والشافعي ﵄ .

2193 - وقال أبو حنيفة وأحمد بن حنبل يصل [4] ثواب القراءة [5] للميت ، فمالك والشافعي [﵄] [6] يحتجان بالقياس على الصلاة ونحوها مما هو فعل بدني ، والأصل في الأفعال البدنية أن لا ينوب أحد فيها عن الآخر [7] ، ولظاهر قوله تعالى : [8] ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾ [النجم : 39] ولقوله ﵇ : « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : علم ينتفع به وصدقة جارية وولد صالح يدعو له » [9] .

2194 - واحتج أبوحنيفة وأحمد [10] بن حنبل بالقياس على الدعاء ، فإنا أجمعنا على أن الدعاء يصل للميت [11] فكذلك القراءة ، والكل عمل بدني ، ولظاهر [12] قوله ﵇ للسائل : « صلِّ لهما مع صلاتك وصم لهما مع صومك [13] » يعني أبويه .

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .
(2) في (ط) : [الإجماع] والصواب ما أثبتناه .
(3) في (ط) : [يحصل] .
(4) زيادة من (ص ، ك) .
(5) في (ص ، ك) : [القرآن] .
(6) ساقطة من (ص ، ك) .
(7) في (ص ، ك) : [أحد] .
(8) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(9) أخرجه الترمذي (أحكام) (1297) ، النسائي (وصايا) (3591) .
(10) زيادة من (ص ، ك) . (11) في (ص ، ك) : [إلى الميت] . (12) في (ك) : [ظاهر] .
(13) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب المقدمة بلفظ : « أن تصلي لأبويك مع صلاتك وتصوم لهما مع صومك » عن أبي إسحاق إبراهيم بن عيسى الطالقاني .

2195 - والجواب عن الأول أن القياس على الدعاء لا يستقيم ، فإن الدعاء فيه أمران :

2196 - أحدهما : متعلقه الذي هو مدلوله نحو المغفرة في [قولهم] [1] : اللّهم اغفر له ، والآخر ثوابه ، فالأول هو الذي يُرْجَى حصوله للميت ولا يحصل إلا له ، فإنه لم يدع لنفسه ، وإنما دعا للميت بالمغفرة .

2197 - والثاني : وهو الثواب على الدعاء فهو للداعي فقط ، وليس للميت من الثواب على الدعاء شيء ، فالقياس على الدعاء غلط ، وخروج من باب إلى باب ، وأما الحديث فإما أن نجعله خاصًّا بذلك الشخص أو نعارضه بما تقدم من الأدلة ونعضدها بأنها [2] على وفق الأصل فإن الأصل عدم الانتقال .

2198 - ومن الفقهاء من يقول : إذا قرئ عند القبر حصل للميت أجر المستمع ، وهو [3] لا يصح أيضًا ؛ لانعقاد الإجماع على أن الثواب يتبع الأمر والنهي ، فما لا أمر فيه ، ولانهي لا ثواب فيه بدليل المباحات وأرباب الفترات والموتى انقطع عنهم الأوامر والنواهي ، وإذا لم يكونوا مأمورين لا يكون لهم ثواب وإن كانوا مستمعين ، ألا ترى أن البهائم تسمع أصواتنا بالقراءة ولا ثواب لها لعدم الأمر لها بالاستماع ، فكذلك الموتى ، والذي يتجه أن يقال ولا يقع فيه خلاف أنه يحصل لهم [4] بركة القراءة لا ثوابها ، كما تحصل لهم بركة الرجل الصالح يدفن عندهم أو يدفنون عنده ، فإن البركة لا تتوقف على الأمر ، فإن البهيمة يحصل لها بركة راكبها أو مجاورها ، وأمر البركات لا ينكر ، فقد كان رسول اللّه ﷺ تحصل بركته للبهائم من الخيل والحمير وغيرهما كما روي أنه ضرب فرسًا بسوط فكان لا يسبق بعد ذلك بعد أن كان بطيء الحركة ، وحماره عليه السلام كان يذهب إلى بيوت أصحاب رسول اللّه ﷺ يستدعيهم [5] إليه ينطح [6] برأسه الباب ، وغير ذلك من بركاته عليه السلام كما هو مروي في معجزاته وكراماته عليه السلام .

2199 - وهذه المسألة وإن كانت مختلفًا فيها فينبغي للإنسان أن لا يهملها ، فلعل الحق هو الوصول [إلى الموتى] [7] فإن هذه أمور مغيبة عنا ، وليس الخلاف في حكم شرعي ، إنما هو في أمر واقع ، هل هو كذلك أم لا ؟ وكذلك التهليل الذي عادة الناس يعملونه اليوم ينبغي أن يعمل ، ويعتمد في ذلك على فضل اللّه تعالى وما ييسره ،

---

(1) في (ص ، ك) : [قولنا] . (2) في (ك) : [بأن لها] . (3) في (ص ، ك) : [وهذا] .
(4) في (ص) ، (ك) : [له] . (5) في (ص ، ك) : [فستدعيهم] .
(6) في (ص) ، (ك) : [ينطحه] . (7) في (ص ، ك) : [للموتى] .

ويلتمس فضل اللّه تعالى [1] بكل سبب ممكن [ومن اللّه] [2] الجود والإحسان ، هذا وهو اللائق بالعبد .

(1) زيادة من (ص ، ك) .

(2) في (ص ، ك) : [أن اللّه] .

الفرق الثالث والسبعون والمائة

بين قاعدة ما يبطل التتابع في صوم الكفارات والنذور وغير ذلك وبين [1] قاعدة ما لا يبطل التتابع [2]

2200 - اعلم أن هذه من المواضع المشكلة ، فإن مالكًا رحمه اللّه تعالى [3] قال في المدونة : إذا أكل في صوم الظهار أو القتل أو النذر المتتابع ناسيًا أو مجتهدًا أو مكرهًا أو وطء نهارًا غير [4] المظاهر منها ناسيًا قضى يومًا متصلًا بصومه ، فإن لم يفعل ابتدأ الصوم من أوله ، فإن وطئ المظاهر منها ليلًا أو نهارًا أول صومه أو آخره ناسيًا أو عامدًا ابتدأ الصوم [5] من أوله [6] .

2201 - وقال الشافعي رحمه الله إن وطأها ليلًا لم يبطل صومه [7] ، ووافقنا أبو حنيفة [8] في هذه المسألة .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .

(2) قال ابن الشاط : قلت : جميع ما قاله فيه صحيح إلا قوله : فالمفهوم من قوله تعالى : ﴿ قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾ أنه يصوم شهرين متتابعين ليس قبلهما وطء ، ولا في أثنائهما وطء فإنه ظهر منه بحسب مساق كلامه أن الآية تقتضي عدم تقدم الوطء مطلقا ، وهذا لا يصح أن تقتضيه الآية لاشتمال الآية على من تقدم وطؤها ، وإنما المراد بالآية أن لا يتقدم الصوم وطء بعد الظهار واللّه أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (194/3) .

(3) ساقطة من (ص) . (4) في (ص ، ك) : [من غير] .

(5) قال سحنون : أرأيت من صام عن ظهاره فأكل في يوم من صيامه ذلك ناسيًا ، قال مالك : يقضي هذا اليوم ويصله بالشهرين ، فإن لم يفعل استأنف الشهرين ، وقيل : أرأيت إن صام عن ظهاره فغصبه قوم نفسه فصبوا في حلقه الماء أيجزئه ذلك الصوم عن ظهاره قال مالك : أرى أن يقضي يومًا ويصله إلى الشهرين ، فإن لم يفعل استأنف الشهرين ، ومن جامع امرأته وهو يصوم عن أخرى من ظهاره ناسيًا نهارًا يقضي يومًا مكان هذا اليوم ويصله بالشهرين ، فإن لم يصله بالشهرين استأنف الشهرين ، وإن صام عن ظهاره شهرًا ثم جامع امرأته ناسيًا ليلًا أو نهارًا يستأنف ؛ لأن اللّه تبارك وتعالى قال : ﴿ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾ ولا يشبه هذا الأكل والشرب ؛ لأن الأكل والشرب يحل له بالليل وهو يصوم والجماع لا يحل له على حال ، وقال مالك في المظاهر : إن وطئ ليلًا استأنف الصوم ولم يقيد عامدًا أو ناسيًا . انظر : المدونة الكبرى 308/2 .

(6) زيادة من (ص ، ك) .

(7) مذهب الشافعية : أن من كانت كفارته بالصيام فوطئ المظاَهَر منها ليلًا متعمدًا لم يفسد تتابعه ، وإن كان عاصيًا بذلك ، إذ التتابع قائم والتقديم على الوطء قد فات . انظر : الوسيط 62/6 .

(8) مذهب أبي حنيفة : لو جامع المظاهر في صوم الكفارة بالنهار ناسيًا أو بالليل عامدًا فعليه استقبال الكفارة . انظر : المبسوط 225/6 ، الفتاوى الهندية 512/1 .

2202 - وقال الشافعي وأبو حنيفة : الفطر يبطل التتابع مطلقًا [1] .

2203 - وخالفهما أحمد بن حنبل [2] ، وعللا ذلك بأن الفطر باختياره بخلاف المرض والإغماء عند الشافعي كالمرض ، خلافًا لأبي حنيفة ، وكذلك الحامل والمرضع كالمريض [3] عنده [4] .

2204 - و [5] قال أبو الطاهر من أصحابنا : إن أفطر جاهلًا فقولان نظرًا إلى أن الجاهل يلحق بالعامد أم لا ؟ وفي السهو والخطأ ثلاثة أقوال ثالثها : التفرقة بين السهو فيجزئ والخطأ فلا يجزئ ويبتدئ ؛ لأن معه تمييزه بخلاف السهو ، و [سبب الخلاف هل] [6] التتابع مأمور به فيقدح فيه النسيان ، أو التفريق محرم فلا تضر ملابسته سهوًا ، فإن المحرمات لا يأثم الإنسان بملابستها مع عدم القصد ، كشرب الخمر ساهيًا أو وطئ أجنبية جاهلًا بأنها أجنبية ، أو أكل طعامًا نجسًا أو حرامًا مغصوبًا غير عالم به ، فإن الإجماع منعقد في هذه الصورة كلها على عدم الإثم .

2205 - **قلت** : وهذه الفتاوى كلها مشكلة من جهة أن لفظ الكتاب العزيز [7] أمر متعلق بطلب ، وهو قوله تعالى : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ [المجادلة : 4] ومعناه ليصم شهرين متتابعين ، فيكون خبرًا معناه الأمر ، أو يكون التقدير : فالواجب عليه صيام

---

(1) لا بد من التتابع في كفارة الظهار والوقاع والقتل ، فلو أفسد اليوم الأخير أو نسي النية فيه ، وجب استئناف الكل . انظر : الوسيط 62/6 .

(2) أجمع أهل العلم على وجوب التتابع في الصيام في كفارة الظهار ، وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر ثم قطعه لغير عذر وأفطر أن عليه استئناف الشهرين ، وإنما كان كذلك لورود لفظ الكتاب والسنة به . ومعنى التتابع الموالاة بين صيام أيامها فلا يفطر فيها ولا يصوم غير الكفارة ، ولا يفتقر التتابع إلى نية ويكفي فعله ؛ لأنه شرط وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية ، وإنما تجب النية لأفعالها وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر : أنها واجبة لكل ليلة ؛ لأن ضم العبادة إلى العبادة إذا كان شرطًا وجبت النية فيه كالجمع بين الصلاتين والثالث : يكفي نية التتابع في الليلة الأولى . انظر : المغني 365/7 .

(3) في (ص ، ك) : [كالمرض] .

(4) أجمع أهل العلم على أن الصائمة متتابعًا إذا حاضت قبل إتمامه تقضي إذا طهرت وتبني ، وذلك لأن الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيره إلى الإياس ، وللحنابلة إذا أفطر لسبب لا صنع له فيه فلم يقطع التتابع كإفطار المرأة للحيض . قال أبو الخطاب : فيه وجهان ، أحدهما : لا يقطع التتابع لأنه مرض أباح الفطر ، والثاني : يقطع التتابع لأنه أفطر اختيارًا فانقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر فأما الحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفًا على أنفسهما فهما كالمريض ، وإن أفطرتا خوفًا على ولديهما ففيه وجهان . انظر : المغني 366/7 .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6 ، 7) ساقطة من (ص ، ك) .

شهرين متتابعين ، وهذا هو الأظهر ؛ لأنه [1] أقرب لموافقته الظاهر من بقاء الخبر خبرًا على حاله ، ونستفيد الوجوب من قوله تعالى ، فالواجب عليه واللفظ على كل تقدير متعلق بطلب [2] لا يدفع ، فكيف يتخيل أنه من باب النهي على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما ابن بشير ، ولا يمكن الاعتماد في ذلك على أن التتابع إذا كان واجبًا كان تركه محرمًا ، فإن كل واجب تركه محرم ، وكل محرم تركه واجب ، فالوجوب من لوازم التحريم ، والتحريم من لوازم الوجوب في النقيض المقابل ، فالذي تصح به [3] الآية أن التتابع ليس من باب المحرم وأنه يرجع إلى تحريم التفريق [4] هذا بعيد ، وإذا تقرر أنه ليس من باب [5] المحرمات بقي الإشكال من جهة أن المطلوب صوم شهرين متتابعين ، ولم يأت بهما المكلف في تلك الصور كلها : الناسي والمجتهد والمكره ، و [6] كل هؤلاء فرقوا ، ولم يقع فعلهم مطابقًا لمقتضى الطلب ، فوجب البقاء في العهدة [7] ، كما أن اللّه تعالى طلب الصلاة بالنية والطهارة والستارة [8] ونحوها من الشروط ، فمن [9] نسي أحد هذه الأشياء أو اجتهد [فأخطأ فيها] [10] أو أكره على عدمها بطلت الصلاة ، وكذلك إذا أكره على الأكل والشرب في رمضان أو نسي أو اجتهد فأخطأ ؛ فإن صومه يبطل ، ونظائره كثيرة في الشريعة ، فما بال التتابع خرج عن هذا النمط في الكفارات والمنذورات هذا وجه الإشكال ، وكذلك ما قاله الشافعي أيضًا في الإغماء فينبغي [11] أن يبطل التتابع كما يبطل الصلاة والصوم بالإغماء ، وكذلك المرض عند الشافعي وأبي [12] حنيفة مثله ، فالكل مشكل .

والذي يظهر في بادئ الرأي أن التفريق متى حصل بأي طريق كان وجب ابتداء الصوم كما قلناه في جميع النظائر المتقدمة ؛ لأن الصوم بوصف التتابع لم يحصل ، ومتى لم يحصل المطلوب الشرعي مع إمكان الإتيان به . وجب الإتيان به هذا هو القاعدة .

2206 - والجواب : عن هذا الإشكال ببيان قاعدة ، وهي أن الأحكام الشرعية على

---

(1) في (ص) ، (ك) : [فإنه] .

(2) في (ص ، ك) : [بحلف] .

(3) في (ط) : [في] .

(4) في (ص ، ك) : [التعذير] .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) في (ك) : [العمد] .

(8) في (ك) : [الشهادة] .

(9) في (ص ، ك) : [فمتى] .

(10) في (ص ، ك) : [فيها فأخطأ] .

(11) في (ص ، ك) : [ينبغي] .

(12) في (ص ، ك) [وأبو] .

قسمين : خطاب وضع ، وخطاب تكليف ، فخطاب الوضع هو نصب الأسباب والشروط والموانع والتقديرات الشرعية ، وخطاب التكليف [1] و [2] هو الأحكام الخمسة : الوجوب ، والتحريم ، والندب ، والكراهة ، والإباحة ، فأما خطاب الوضع فلا يشترط فيه علم المكلف ولا قدرته ولا إرادته كالتوريث بالأنساب ، والإنسان لا يعلم بذلك [3] ولا هو من قدرته ولا إرادته ، فيدخل الميراث في ملكه وإن لم يشعر به ، ولذلك [4] نوجب الضمان على الصبيان والمجانين والغافلين ، ونطلّق بالإضرار ، ونوجب الظهر بالزوال والصوم برؤية الهلال [5] إلى غير ذلك مما هو من خطاب الوضع ، وخطاب التكليف يشترط فيه [العلم والقدرة] [6] والإرادة ، فما لا قدرة له عليه لا يكلف به ، وكذلك ما لم [7] يبلغه لا يلزمه حتى يعلم به ، غير أن التمكن من العلم يقوم مقام العلم في التكليف ، وقد تقدمت هذه القاعدة مبسوطة ، فإذا وضحت فنقول : المتابعة من باب خطاب التكليف ؛ لأن الصوم مكلف به ، وصفة المكلف به مكلف بها ، والتتابع صفة الصوم فتكون مكلفًا بها فيكون من باب التكليف ، فلذلك [يسقط التكليف بها] [8] في تلك الأحوال لمنافاة النسيان والإكراه والمرض والإغماء ونحوها التكليف [9] لطفا من اللّه تعالى بالعباد ، وعدم وطء المظاهر منها قبل التكفير شرط لقوله تعالى : ﴿ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾ [المجادلة : 4] والمفهوم من قول القائل افعل كذا قبل كذا أن التقدم شرط [10] ولذلك يصدق في [11] قولنا استأذن المرأة في النكاح وأحضر الولي قبل العقد أن هذين شرطان [12] ، وكذلك استتر قبل الصلاة وتطهر وانو أن هذه الأمور شروط ، وإذا كان هذا الكلام يفيد الشرطية كان تقدم العدم شرطًا ، فلذلك قدح فيه النسيان وغيره ، فإن مالا يشترط فيه العلم والقدرة يثبت مطلقًا وما ثبت مطلقًا اعتبر مطلقًا ، فيكون شرطًا في جميع الحالات ، فيؤثر فقده ، والتكليف لما كان العلم والقدرة شرطين فيه فقد التكليف عند عدمهما ، فإذا علمت ذلك فالمفهوم من [قوله تعالى] [13] : ﴿ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾ [المجادلة : 4] أنه يصوم شهرين متتابعين ليس قبلهما وطء ولا في أثنائهما وطء ،

(1) في (ص ، ك) : [تكليف] .
(2) زيادة من (ص ، ك) .
(3) في (ك) : [ذلك] .
(4) في (ص ، ك) : [وكذلك] .
(5) في (ك) : [الأهلة] .
(6) في (ص ، ك) : [القدرة والعلم] .
(7) في (ك) : [لا] .
(8) في (ص ، ك) : [سقط الخطاب به] .
(9) في (ص ، ك) : [للتكليف] .
(10) في (ص ، ك) : [شرط شرط] .
(11) زيادة من (ص ، ك) .
(12) في (ص) : [شرطين] .
(13) في (ص) ، (ك) : [قولنا] .

فهذان أمران قد يتغير [1] أحدهما بتقدم الوطء، فاستحال بعد ذلك أن يصدق أنه [2] يصوم شهرين متتابعين قبلهما وطء، لأجل تقدم الوطء وبقي الآخر وهو أنه يصوم شهرين متتابعين ليس في خلالهما وطء، والقاعدة أن المتعذر يسقط [3] اعتباره، والممكن [4] يستصحب فيه التكليف لقوله تعالى : ﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ﴾ [التغابن : 16] ولقوله ﷺ : « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » [5] فلذلك قلنا : يبتدئ الصوم في الظهار متتابعًا إذا وطئها قبله وإن كان وصف تقدم عدم الوطء قد تعذر ؛ لأنه الممكن الباقي، وأما في النذر ونحوه فيأتي بيوم غير اليوم الذي أفطر فيه ناسيًا يصله بآخر صيامه تكملة للعدة لا لتحصيل وصف التتابع في جميع الصوم، بل في آخره فقط ؛ لأن تحصيله في أثناء الصوم قد تعذر بالفطر [6] ناسيًا، وبقي تحصيله في آخره ممكنا، فوجب الممكن وسقط المتعذر على القاعدة المتقدمة، وكذلك في جميع الكفارات وأنواع الصوم المتتابع، فاندفع الإشكال بهذه القاعدة بفضل [7] اللّه تعالى.

2207 - مسألة : قال مالك رحمه اللّه تعالى [8] : إذا تطوع بالصوم أو بالصلاة [9] ونحوهما مما يجب بالشروع وعرض عارض يقتضي فساده ناسيًا أو مجتهدًا لم يجب قضاء الصوم والصلاة، وإن أفطر متعمدًا أو أبطل الصلاة وجب القضاء على قاعدة الوجوب بالشروع مع أن قاعدة الوجوب بالشروع [10] تقتضي القضاء مطلقًا، ألا ترى أن الصلوات الخمس وصوم رمضان يقتضيهما إذا فسدا بأي طريق كان، فكان يلزمه هنا كذلك، وهو إشكال كبير، فإن الواجب ينبغي أن لا يختلف حاله.

2208 - والجواب عنه : أن وجوب التطوعات عنده مأخوذ من قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ ﴾ [محمد : 33] نهى ﷺ عن الإبطال فيكون الإكمال واجبًا مكلفا به، والتكليف يشترط فيه القدرة والعلم [على القاعدة المتقدمة، فلا يجب الإتمام حالة عدم القدرة والعلم] [11] فلا يجب القضاء كذلك، وإذا تعمد الإفساد اندرجت هذه الحالة في التكليف لحصول القدرة والعلم، فوجب القضاء لقوله ﷺ في الحديث الصحيح

---

(1) في (ص، ط) : [تعذر].
(2) في (ص)، (ك) : [أن].
(3) في (ص، ك) : [سقط].
(4) في (ك) : [فالممكن].
(5) أخرجه : البخاري (الاعتصام) (6744)، مسلم (الحج) (2380)، النسائي (مناسك الحج) (2572).
(6) في (ط) [فافطر].
(7) في (ص، ك) : [إن شاء].
(8) زيادة من (ك).
(9) في (ص، ك) : [الصلاة].
(10) ساقطة من (ص، ك).
(11) ساقطة من (ك).

لعائشة وحفصة[1] ﷺ في صوم التطوع : « اقضيا يومًا مكانه »[2] وكانتا عامدتين لإفساد ذلك اليوم في حالة يثبت فيها التكليف ، فبقيت الحالة التي لا يثبت فيها التكليف على مقتضى الأصل ؛ لأن القضاء إنما يجب بأمر جديد فيقتصر به حيث ورد[3] .

2209 - فإن قلت : الصوم في رمضان والصلوات الخمس يقضيان مطلقا فَلِمَ لا يقضي هذا مطلقا ؟ .

2210 - قلت : المشهور في علم الأصول أن القضاء إنما يجب بأمر جديد ، فيتبع ذلك الأمر على حسب وروده ، وقد ورد الأمر بالقضاء في الواجب المتصل مع العذر وعدمه

---

(1) هي حفصة أم المؤمنين الستر الرفيع بنت أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب ، تزوجها النبي ﷺ بعد انقضاء عدتها من خنيس بن حذافة ، قيل إنها ولدت قبل المبعث بخمسة أعوام ، فعلى هذا يكون دخول النبي ﷺ بها ولها نحو عشرين سنة . توفيت حفصة سنة إحدى وأربعين عام الجماعة ، وقيل : توفيت سنة خمس وأربعين بالمدينة وصلى عليها والي المدينة مروان . ترجمتها في : الذهبي في العبر 5/1 ، المزي في تهذيب الكمال 8406 ، ابن الأثير في أسد الغابة 65/7 ، ابن سعد في الطبقات 81/8 ، الذهبي في سير أعلام النبلاء 490/3 .

(2) أخرجه : الترمذي (الصوم) (667) ، أبو داود (الصوم) (2101) ، والموطأ (الصيام) (598) .

(3) قال البقوري : قلت : ونلحق هنا مسألة وهي : لم كان الفرض يقضى مطلقا ، وكان النفل يفرق فيه ، بل كان القياس يقتضي ألا قضاء في النفل مطلقا ، لإظهار رتبة الفرض فنقول : إنما وقع التفريق لأنه بالشروع لحق بالفرض فوجب أن يحكم له فيه بحكمه ما لم يعارضه معارض ، وهو ما قلناه في المسألة قبل هذه ، فأوجب ذلك الفرق .
وهنا سؤال ، وهو : لم كان التطوع في الصوم يفرق في قضائه بين العذر وغيره كما تقدم ، وكان الاعتكاف يتعين في القضاء ، وكل واحد من الصوم والاعتكاف وجب بالشروع فيه ، والوجوب سبب القضاء ؟ فأجيب بأن الاعتكاف اختص بأشياء ليست في غيره فغلظ حكمه .
ونذكر هنا أيضا مسألة ، وهي : لم كان الأفضل الصوم في السفر ، والأفضل قصر الصلاة في السفر ، وكلاهما رخصة في عبادة ؟ فقيل : الفرق بينهما أن العبادة إذا ذهب وقتها صارت قضاء ، وإذا عملت في وقتها كانت أداء . والأداء أفضل من القضاء ، ووقت الصوم هو الشهر ، فيكون الصوم فيه أداء والأداء أفضل كما قلنا ، وليس كذلك الصلاة ، بل اجتمع فيها الأمران : الأداء والأخذ بالرخصة لأنها في الوقت . وينتقض هذا بالحائض ، فإن الأداء لا يصح منها ، فضلا عن أن يقال : إنه أفضل ، والمريض المرض الشديد فإن القضاء أفضل ، ولو أتى المريض به لصح ، لكنه يقال : كلامنا حيث كان الأفضل الصوم في السفر ، والحالتان ليستا كذلك . ومما يرد أيضا على التعليل أن يقال : والإتمام أكثر عملا ، وقال ﷺ : « أكثركم ثوابا أجهدكم عملا » والأظهر أن يقال : ترجيح الصوم من حيث إنه فعل رسول الله ﷺ كثيرا ، ومن حيث إن فيه تعجيل براءة الذمة والبدار إلى الخير ، والتأخير للحضر فيه خلاف ذلك ، مرجوحا والصلاة القصر فيها أفضل ، لأنه فعل رسول الله ﷺ ولا يذكر عنه غيره وفيه مع هذا براءة الذمة ، والبدار إلى الخير كما كان الصوم في السفر ، لا أنه نقصه ذلك والله أعلم .انظر : ترتيب الفروق (406/1 ، 407) .

لقوله تعالى : ﴿ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ [البقرة : 185] والمرض عذر وقد وجب معه القضاء ، فلذلك أوجبنا القضاء مطلقًا ، ولم يرد لنا في التطوعات مثل ذلك بل في صورة عدم العذر خاصة ، فاقتصر عليها ؛ لأن وجوب القضاء تبع للأمر به كما تقدم ، فهذا هو تلخيص الفرق بين قاعدة ما يبطل التتابع [1] وقاعدة مالا يبطله ، وشرط قاعدة خطاب الوضع وقاعدة خطاب التكليف .

---

(1) في (ص ، ك) : [القضاء وبين] .

الفرق الرابع والسبعون والمائة

بين قاعدة المطلقات يقضي قبل علمهن بالطلاق و [1] أمد العدة فلا يلزمهن استئنافها ويكتفين بما تقدم قبل علمهن وبين قاعدة المرتابات بتأخير [2] الحيض ولا يعلم لتأخره سبب

2211 - فإنهن يمكثن عند مالك رحمه الله تعالى [3] تسعة أشهر غالب مدة الحمل استبراء ، فإن حضن في خلالها احتسبن بذلك الحيض [4] مدة [5] ، وانتظرن بقية الأقراء إلى تسعة أشهر ، ولا يزلن كذلك حتى يكمل لهن ثلاثة قروء أو تسعة أشهر ، فإذا انقضت تسعة أشهر ليس في خلالها حيض استأنفن ثلاثة أشهر كمال السنة ، فإن حضن قبل السنة بلحظة استأنفن الأقراء حتى تمضي سنة لا حيض فيها .

2212 - ووافقه أحمد بن حنبل ﷺ .

2213 - وقال الشافعي وأبو حنيفة ﷺ : تنتظر الحيض إلى سن الإياس .

2214 - حجة مالك ﷺ قول عمر ﷺ أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم [رفعت عنها] [6] حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر ، فإن بان بها حمل فذاك [7] وإلا اعتدت بعد التسعة بثلاثة أشهر ، ولأنهن بعد التسعة يئسن من المحيض ، إذ لو كان لظهر غالبا فيندرجن في قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ ﴾ [الطلاق : 4] إذا تقرر هذا بقي السؤال المحوج للفرق بين هذه القاعدة وقاعدة تقدم العدد قبل العلم ، فإنهن إذا مضى لهن تسعة أشهر لا حيض فيها فقد مضى لهن ثلاثة أشهر في خلالها ، فلا حاجة إلى إعادة ثلاثة أشهر أخر [8] وما الفرق بين هذه الثلاثة وبين الثلاثة تمضي قبل العلم ، والمقصود براءة الرحم بمضي ثلاثة أشهر لم يظهر فيها حمل ، وقد حصلت ، فالموضع في غاية الإشكال .

2215 - وجوابه أن هذه النسوة وإن انكشف الغيب عن إياسهن إلا أن العدة لابد أن [9] تكون بعد سببها ، وإن علم حصول [براءة الرحم] [10] قبل السبب ، فإن من غاب عن

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .

(2) في (ط) : [يتأخر] .

(3) زيادة من (ك) .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) زيادة من (ص ، ك) : .

(6) في (ص ، ك) : [رفعتها] .

(7) في (ص ، ك) : [فذلك] .

(8) في (ص ، ك) : [أخرى] .

(9) في النسخ التي تحت أيدينا : [وأن] والصواب ما أثبتناه .

(10) في (ص ، ك) : [البراءة] .

امرأة عشر سنين ثم طلقها بعد العشر وهو غائب عنها فإنها تستأنف العدة إجماعًا ؛ لأن تلك المدة المتقدمة وهي عشر [1] سنين وإن دلت على براءة الرحم غير أن تلك المدة وقعت قبل السبب ، والواقع قبل السبب من جميع الأحكام لا يعتد به كالصلاة قبل الزوال ، والصوم قبل رؤية الهلال ، وإخراج الزكاة قبل ملك النصاب ، والله ﷻ جعل الإياس سببًا للعدة ثلاثة أشهر ؛ لأنه تعالى رتبه عليها بصيغة الفاء لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ ﴾ [الطلاق : 4] فتدل هذه الآية على السببية في الإياس من وجهين :

2216 - أحدهما : أن ترتيب الحكم على الوصف يدل على عليّة ذلك الوصف لذلك الحكم ، كقولنا : اقطعوا السارق ، واجلدوا الزاني ، وغير ذلك ، فإن هذه الأوصاف المتقدمة أسباب لهذه الأحكام المترتبة عليها ، كذلك هاهنا يكون الإياس سببًا للاعتداد بثلاثة أشهر ، والواقع من الأشهر قبل كمال التسعة واقع قبل إياسنا وإياسهن من الحيض ، فيكون واقعًا قبل سببه فلا يعتد به ، ويتعين استئناف ثلاثة [2] بعد تحقق السبب ، وأما المطلقات تمضي لهن ثلاثة أشهر بعد الطلاق وقبل العلم به ، والمتوفى عنهن أزواجهن يمضي لهن أربعة أشهر وعشر بعد الوفاة ، وقبل علمهن بأن تلك الآجال [3] عدد وقعت بعد أسبابها وهي الوفاة والطلاق ، والعلم في تلك الصور ليس سببًا إجماعًا ، والإياس هاهنا سبب ، فلا بد أن يتحقق كما تحققت الوفاة والطلاق ، [فلذلك لم تحصل العدة قبله كما لا تعتد قبل الوفاة والطلاق] [4] ، فظهر الفرق بين البابين والتباين بين القاعدتين .

---

(1) في (ص ، ك ، ط) : [العشر] والصواب ما أثبتناه نقلًا عن مصححي المطبوعة .

(2) في (ص ، ك) : [ثلاث] . (3) في (ك) : [الأحوال] .

(4) ساقطة من (ك) .

الفرق الخامس والسبعون والمائة

بين قاعدة الدائر بين النادر والغالب يلحق [1] بالغالب من جنسه وبين قاعدة إلحاق الأولاد بالأزواج إلى خمس سنين

2217 - وقيل : إلى أربع ، وهو قولُ الشافعي رحمه الله ، وقيلَ : إلى سبع سنين ، وكلُّها روايات عن مالك .

2218 - وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : إلى سنتين ، فإن هذا الحمل الآتي بعد خمس سنين دائر بين أن يكون من الوطء السابق من الزوج وبين أن يكون من الزِّنا ، ووقوع الزِّنا في الوجود أكثر وأغلب من تأخر الحمل هذه المدة ، فقدم الشارع [2] هاهنا النادر على الغالب ، وكان مقتضى تلك القاعدة أن يجعل زنا لا يلحق بالزوج عملا بالغالب ، لكن اللّه جل جلاله شرع [3] لحوقه بالزوج لطفًا بعباده ، وسترًا عليهم ، وحفظًا للأنساب وسدًّا لباب ثبوت الزِّنا ، كما اشترط تعالى في ثبوته أربعة مجتمعين سدًّا لبابه حتى يبعد ثبوته ، وأمرنا أن لا نتعرض لتحمل الشهادة فيه ، وإذا تحملناها أمرنا بأن لا نؤديها ، وأن نبالغ في الستر على [الزاني ما استطعنا ، بخلاف جميع الحقوق كل ذلك شرع طلبًا للستر على] [4] العباد ومنة عليهم ، فهذا هو سبب استثناء هذه القاعدة من تلك القواعد [5] وإلا فهي على خلاف الإلحاق بالغالب دون النادر ، فاعلم ذلك ، واعلم الفرق بين القاعدتين ، وهو طلب الستر وما تقدم معه .

---

(1) في (ص ، ك) : [فيلحق] .

(2) في (ص ، ك) : [الشرع] .

(3) ساقطة من (ك) .

(4) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(5) في (ص) ، (ك) : [القاعدة] .

الفرق السادس والسبعون والمائة

بين قاعدة العدد وبين قاعدة الاستبراء

2219 - إن العدة تجب وإن علمت براءة الرحم كمن طلقها زوجها غائبًا عنها عشر سنين، وكذلك إذا توفي عنها، والاستبراء ليس كذلك .

2220 - قال في الجواهر : لا يجري الاستبراء قبل البيع إلا فيمن كانت تحت يده للاستبراء، أو وديعة وسيدها لا يدخل عليها، أو اشتراها من امرأته، أو ولده الصغير الذي في عياله وسكنه [1] أو اشتراها من سيدها عند قدومه من الغيبة قبل أن تخرج إليه، أو خرجت حائضًا، أو الشريك يشتري من شريكه وهي تحت يد [2] المشتري .

2221 - وقال الإمام أبو عبد اللّه : كل من أمن عليها الحمل فلا استبراء فيها، ومن غلب على الظن حملها أوشك فيها [3] استبرئت، وإن غلب على الظن براءتها مع جواز الحمل فقولان، كالصغيرة والآيسة تستبرآن لسوء الظن والوخش [4] من الرقيق، ومن باعها مجبوب أو امرأة أو ذو [5] محرم منها، والمشهور إيجابه، وأشهب ينفيه، ويجوز اتفاق البائع والمشتري علي استبراءٍ واحد لحصول المقصود به، فهذه فروع في الاستبراء، لا يجوز في العدد مثلها، فلو علمت براءة المعتدة قبل الطلاق أو الوفاة لا بد لها من العدة، والفرق بين البابين أن العدة [6] يغلب عليها شائبة التعبد من حيث الجملة ؛ وإن كانت معقولة المعنى من حيث الجملة، لأنها شرعت لبراءة الرحم وعدم اختلاط الأنساب فمن هذا الوجه هي معقولة المعنى، ومن جهة أن العدة تجب في الوفاة على بنت المهد وتجب في الطلاق والوفاة على الكبيرة المعلوم براءتها بسبب الغيبة وغيرها، هذه شائبة التعبد فلما كان في العدة شائبة التعبد وجب فعلها بعد سببها مطلقًا في جميع الصور، علمت البراءة أما لا توفية لشائبة التعبد، والاستبراء لم [7] ترد فيه هذه الشائبة، بل هو معقول المعنى لبراءة الرحم وعدم اختلاط الأنساب، فلذلك حيث [8] حصل

---

(1) في (ص ، ك) : [ومسكنه] .
(2) في (ط) : [يدي] .
(3) في (ك) ، (ص) : [فيه] .
(4) الوَخْش : رُذالة الناس وصغارهم وغيرهم، للواحد والمثنى والجمع والمؤنث بلفظ واحد، ووخش الشيء بالضم وخاشة ووخوشة ووخوشًا أي : رذل وصار رديئًا . انظر : اللسان (وخش) (4789 ، 4790) .
(5) في (ص ، ك) : [ذو رحم] .
(6) في (ص ، ك) : [العدد] .
(7) في (ص) : [ولم] .
(8) ساقطة من (ص) ، (ك) .

المعنى ، وهو البراءة سقطت الوسيلة إليه ، وهي الاستبراء لحصول [1] المقصود ، فهذا هو الفرق وهو الموجب لخروج تلك الصور عن الحاجة للاستبراء ، ولم يخرج مثلها في قاعدة العدد .

(1) في (ص ، ك) : [لأجل حصول] .

الفرق السابع والسبعون والمائة

بين قاعدة الاستبراء بالأقراء يكفي قرء واحد
وبين قاعدة الاستبراء بالشهور لا يكفي شهر

2222 - مع أن غالب النساء يحصل لهن في كل شهر قرء ، فكان يكتفي بشهر كما اكتفى بقرء ، والفرق بين البابين أن القرء الواحد - وهو الحيض - دالٌّ عادة علي براءة الرحم ، فإن الحيض لا يجتمع مع الحمل غالبًا ، فكان القرء الواحد من الحيض دالًّا على براءة الرحم ، وعدم الحمل ، والشهر الواحد وإن كان يحصل قرءًا واحدًا في حق من تحيض ، لكنه في حق من لا تحيض لا يحصل به [1] براءة الرحم [2] ؛ لأن المني يمكث منيًّا [3] في الرحم نحو الشهر ، ثم يصير مضغة بعد أن صار علقة فلا يظهر الحمل في الغالب إلا في ثلاثة أشهر ، فتكبر الجوف ، وتحصل مبادئ الحركة ، أما الشهر الواحد فجوف الحامل فيه مساو في الظاهر لغير الحامل ، فلذلك لم يعتبر الشهر [4] الواحد واعتبر القرء الواحد .

(1 ، 2) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(3) في (ص) : [ميتا] .

(4) في (ص ، ك) : [الطهر] .

الفرق الثامن والسبعون والمائة

بين قاعدة الحضانة يقدم فيها النساء على الرجال بخلاف جميع الولايات يقدم فيها الرجال على النساء

2223 - وهو أن قاعدة الشرع أنه يقدم في كل موطن وكل ولاية من هو أقوم بمصالحها ، فيقدم في ولاية الحروب [1] من هو أقوم بمصالح الحروب من سياسة الجيوش ومكائد العدو [2] .

2224 - ويقدم في القضاء من هو أكثر تفطنا لحجاج الخصوم ، وقواعد الأحكام ، ووجوه الخدع من الناس .

2225 - [ويقدم في الفتوى من هو أنقل للأحكام ، وأشفق على الأمة وأحرصهم على إرشادها لحدود الشريعة] [3] .

2226 - ويقدم في سعاية الماشية وجباية الزكوات [4] والعمل عليها من هو أعرف بنصب الزكوات ، ومقادير الواجب فيها ، وأحكام اختلاطها وافتراقها ، وضم أجناسها .

2227 - وَيُقَدَّمُ في أمانة الحكم من هو أعرف بمقادير النفقات ، وأهليات الكفالات [5] وتنمية أموال الأيتام ، والمناضلة عنهم ، وكذلك بقية الولايات .

2228 - ويقدم في الخلافة من هو كامل العلم والدين ، وافر العقل والرأي ، قوي النفس ، شديد الشجاعة ، عارف بأهليات الولايات ، حريص [6] على مصالح الأمة ، قرشي من قبيلة النبوة المعظمة ، كامل الحرمة والهيبة في نفوس الناس .

2229 - ولما كانت الحضانة تفتقر إلى وفور الصبر على الأطفال في كثرة البكاء والتضجر من الهيئات العارضة للصبيان ومزيد الشفقة والرقة الباعثة على الرفق بالضعفاء والرفق بهم ، وكانت [النسوة أتم] [7] من الرجال في ذلك كله قدمن عليهم ؛ لأن أنفات الرجال ، وإباية [8] نفوسهم ، وعلوهممهم تمنعهم من الانسلاك في أطوار الصبيان وما يليق بهم من اللطف والمعاملات وملابسة القاذورات وتحمل الدناءات فهذا هو الفرق بين قاعدة الحضانات وغيرها من قواعد الولايات .

---

(1) في (ط) : [الحرب] .

(2) في (ص) ، (ك) : [الحروب] .

(3) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(4) في (ط) : [الزكاة] .

(5) في (ص) ، (ك) : [الكافلات] .

(6) في (ص) ، (ك) : [حريصًا] .

(7) في (ص ، ك) : [النساء أعم] .

(8) في (ص ، ك) : [إباء] .

الفرق التاسع والسبعون والمائة

بين قاعدة معاملة أهل الكفر وقاعدة معاملة المسلمين

2230 - أما مالك [رحمه الله] (1) فرجح معاملة المسلمين وقال : أكره الصيرفي (2) من صيارفة أهل الذمة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَخْذِهِمُ (3) الرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ ﴾ [النساء : 161] ، و (4) قال : وأكره (5) معاملة المسلم (6) بأرض الحرب للحربي بالربا .

2231 - وجوز أبو حنيفة الربا مع الحربي لقوله عليه السلام : [« لا ربا بين مسلم وحربي] (7) لا ربا إلا بين المسلمين » . والحربي ليس بمسلم .

2232 - ووافقنا الشافعي وابن حنبل [رضي الله عنهم أجمعين] (8) ؛ لأن الربا مفسدة في نفسه [فيمتنع] (9) من الجميع ، و (10) لأنهم مخاطبون بفروع الشريعة [و] (11) لقوله [تعالى] (12) : ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَوٰاْ ﴾ [البقرة : 275] وعموم نصوص الكتاب والسنة يتناول الحربي وغيره .

2233 - وقال [غير مالك منهم] (13) اللخمي وغيره : إذا ظهر الربا بين المسلمين فمعاملة أهل الذمة أولى لوجهين :

2234 - **الأول** : أنهم ليسوا مخاطبين [بفروع الشريعة] (14) على أحد القولين للعلماء ، فلا يكون ما أخذوه بالربا محرمًا على هذا القول ، بخلاف المسلم مخاطب قولا واحدًا ، فكانت معاملته إذا كان يتعاطى الربا وهو غير متحذر أشد من الذمي .

2235 - **الوجه الثاني** : (15) أن الكافر إذا أسلم ثبت ملكه على ما اكتسبه بالربا والغصب وغيره ، وإذا تاب المسلم لا يثبت ملكه على شيء من ذلك لقوله تعالى (16) : ﴿ وَإِن (17) تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ ﴾ [البقرة : 279] وما هو بصدد الثبوت المستمر وقابل

---

(1) ساقطة من (ك) .
(2) في (ص ، ك) : [الصرف] .
(3) في جميع النسخ (أكلهم) والصواب ما أثبتناه .
(4) ساقطة من (ص ، ك) .
(5) في (ص ، ك) : [وكره] .
(6) في (ك) : [المسلمين] .
(7) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(8) ساقطة من (ك) .
(9) في (ص ، ك) : [يمنع] .
(10 ، 11) زيادة من (ص ، ك) .
(12) في (ك) : [ﷻ] .
(13) زيادة من (ص ، ك) .
(14) ساقطة في (ص ، ك) .
(15) زيادة من (ص ، ك) .
(16) في (ك) : [ﷻ] .
(17) في جميع النسخ « فإن » والصواب ما أثبتناه .

للثبوت أولى مما لا يقبل ثبوت الملك عليه بحال ؛ ولذلك اعتمد جماعة من المتورعين على معاملة أهل الكفر أكثر ملاحظة [1] لهذين الوجهين وهما الفرق بين [القاعدتين و] [2] الفريقين .

(1) في (ك) : [ملاحظا] .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

الفرق الثمانون والمائة

بين قاعدة الملك وبين قاعدة التصرف

2236 - اعلم أن الملك [1] أشكل ضبطه على كثير من الفقهاء ، فإنه عام يترتب على أسباب مختلفة : البيع والهبة والصدقة والإرث وغير ذلك فهو غيرها ، ولا يمكن أن يقال : هو التصرف ؛ لأن المحجور عليه يملك ولا يتصرف ، فهو حينئذ غير التصرف ، فالتصرف والملك كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه ، فقد يوجد التصرف دون الملك كالوصي والوكيل والحاكم وغيرهم يتصرفون ولا ملك لهم ، ويوجد الملك بدون التصرف كالصبيان والمجانين وغيرهم [2] يملكون ولا يتصرفون .

2237 - ويجتمع الملك والتصرف في حق البالغين الرشد [3] النافذين الكلمة [4] الكاملين الأوصاف ، وهذا هو حقيقة الأعم من وجه ، والأخص من وجه أن يجتمعا في صورة وينفرد كل واحد منهما بنفسه في صورة كالحيوان والأبيض ، والعبارة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن [5] من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك [6] .

2238 - أما قولنا : « حكم شرعي » فبالإجماع ولأنه يتبع الأسباب الشرعية ، وأما أنه مقدر فلأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع ، والتعلق عدمي ليس وصفًا حقيقيًا ، بل يقدر في العين أو المنفعة عند تحقق الأسباب المفيدة للملك .

2239 - وقولنا : « في العين أو المنفعة » فإن [7] الأعيان تملك كالبيع ، والمنافع [كالإجارات] [8] .

---

(1) في (ص) : [قاعدة الملك] . (2) ساقطة من (ك) . (3) في (ص) ، (ك) : [الرشيدين] .

(4) في (ط) : [للكلمة] . (5) في (ص ، ك) : [تمكين] .

(6) قال ابن الشاط : قلت : هذا الحد فاسد من وجوه : (أحدها) أن الملك من أوصاف المالك لا المملوك لكنه وصف متعلق ، والمملوك هو متعلقه (وثانيها) أنه ليس مقتضيا للتمكين من الانتفاع بل المقتضي لذلك كلام الشارع (ثالثها) أنه لا يقتضي الانتفاع بالمملوك وبالعرض بل بأحدهما (رابعها) أن المملوك مشتق من الملك فلا يعرف إلا بعد معرفته فيلزم الدور ، والصحيح في حد الملك أنه تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة هذا إن قلنا إن الضيافة ونحوها لا يملكها من سوغت له ، وان قلنا إنه يملكها نردنا في الحد فقلنا إنه تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة ومن أخذ العوض أو تمكنه من الانتفاع خاصة ، ولا حاجة بنا إلى بيان صحة هذا الحد فإنه لا يخفى ذلك على المتأمل المنصف . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (208/3 ، 209) .

(7) في (ص ، ك) : [لأن] . (8) في (ص ، ك) : [كالإجاراة] .

2240 - وقولنا : « يقتضي انتفاعه بالمملوك [1] » ليخرج التصرف بالوصية والوكالة ، وتصرف القضاة في أموال الغائبين [2] والمجانين ، والمحابيس [3] ، فإن هذه الطوائف لهم التصرف بغير ملك .

2241 - وقولنا : « والعوض عنه » ليخرج عنه الإباحات [4] في الضيافات ؛ فإن الضيافة مأذون فيها وليست مملوكة على الصحيح ، ويخرج أيضًا الاختصاصات بالمساجد والربط والخوانق [5] ومواضع المطاف والسكك [6] ومقاعد الأسواق ، فإن هذه الأمور لا ملك فيها مع الملكية [7] الشرعية من التصرف في هذه الأمور .

2242 - وقولنا : « من حيث هو كذلك » إشارة إلى أنه يقتضي ذلك من حيث هو [8] هو ، وقد يتخلف عنه ذلك لمانع يعرض كالمحجور عليهم لهم الملك وليس لهم المكنة [9] من التصرف في تلك الأعيان المملوكة ، لكن تلك الأملاك في تلك الصور لوجود النظر إليها اقتضت مكنة [10] التصرف وإنما جاء المنع من أمور خارجة ، ولا تنافي بين القبول الذاتي والاستحالة لأمر خارجي ، ولذلك [11] نقول : إن جميع أجزاء العالم لها القبول للوجود والعدم بالنظر إلى ذواتها ، وهي إما واجبة لغيرها [12] إن علم اللّه تعالى [13] وجودها ، أو مستحيلة لغيرها إن علم اللّه تعالى عدمها ، وكذلك [14] هاهنا بالنظر إلى الملك يجوز التصرف المذكور ، وبالنظر لما عرض من الأسباب الخارجة يقتضي المنع من التصرف [15] .

2243 - وكذلك إذا قلنا : الأوقاف على ملك الواقفين ، مع أنه لا يجوز لهم البيع ،

---

(1) في (ط) : [الملوك] .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3) بياض في (ك) ، وزيادة من (ص) .

(4) في (ك) : [الإبحات] .

(5) في (ص ، ك) : [الخوانك] .

(6) في (ص ، ك) : [النسك] .

(7) في (ط ، ص) : [المكنة] .

(8) زيادة من (ص ، ك) .

(9) في (ك) : [الملكية] .

(10) في (ك) : [ملكية] .

(11) في (ص) : [كذلك] .

(12) في (ص ، ط) : [أمرها] .

(13) ساقطة من (ك) .

(14) في (ص) : [فكذلك] ، (ك) [فلذلك] .

(15) قال ابن الشاط : قلت : كلامه هذا يشعر بأن التصرف هو موجب الملك ، وليس الأمر كذلك بل موجبه الانتفاع . ثم الانتفاع يكون بوجهين انتفاع يتولاه المالك بنفسه ، وانتفاع يتولاه النائب عنه ثم النائب قد يكون باستنابة المالك وقد يكون بغير استنابته فغير المحجور عليه يتوصل إلى الانتفاع بملكه بنفسه ونيابته ، والمحجور عليه لا يتوصل إلى الانتفاع بملكه إلا نيابته ونائبة لا يكون إلا باستنابة . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 211/3 .

وملك العوض عنها بسبب ما عرض من الوقف المانع من البيع ، كالحجر المانع من البيع فقد انطبق هذا الحد على الملك .

2244 - فإن قلت : قد قالت [1] الشافعية : إن الضيافة [2] تملك ، وهل بالمضغ أو بالبلع أو غير ذلك ؟ على خلاف عندهم ، فهذا ملك مع أن الضيف لا يتمكن من أخذ العوض [على ما] [3] قدم له ، ولا يمكن من إطعامه لغيره ، ولذلك قال المالكية : إن الإنسان قد يملك أن يملك ، وهل يعد مالكًا أو لا ؟ قولان ، فمن ملك أن يملك لا يتمكن من التصرف ، ولا أخذ العوض من ذلك الشيء الذي ملك أن يملكه ، مع أنهم قد صرحوا بحقيقة الملك من حيث الجملة ، وكذلك [4] قال المالكية وغيرهم : إن الإنسان قد يملك المنفعة وقد يملك الانتفاع فقط ، كبيوت المدارس والأوقاف والربط ونحوها ، مع أنه في هذه الصور لا يملك أخذ العوض عن تلك المنافع .

2245 - قلت : أما السؤال الأول فإن الصحيح في الضيافات أنها إباحات لا تمليك [5] ، كما أباح اللّه السمك في الماء ، والطير في الهواء ، والحشيش والصيد في الفلاة لمن أراد تناوله ، ولا يقال : إن هذه الأمور مملوكة للناس ، كذلك الضيف جعل له أن يأكل إنْ أراد أو يترك ، والقول بأنه يملك مشكل ، فإن الملك لا بد فيه من سلطان التصرف [6] من حيث الجملة [7]

---

(1) في (ص ، ك) : [قال] .

(2) في (ص ، ك) : [الضيافات] .

(3) في (ص ، ك) : [عما] .

(4) في (ص ، ك) : [ولذلك] .

(5) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله غير صحيح بل الصحيح أنها تمليك للانتفاع بالأكل خاصة سواء أوقع البناء على الحد الذي ارتضيته أو على الحد الذي ارتضاه هو أما على الحد الذي ارتضيته فلأن مقدم الضيافة قد مكنه من الانتفاع بأكلها ، وأما على الحد الذي ارتضاه هو فلأنه قال حكم مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك وبالعوض عنه وقد بينا أنه لا يقتضي الانتفاع بهما فيبقى الانتفاع مطلقا . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 212/2 ، 213 .

(6) في (ص) : [للتصرف] .

(7) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله من أن الملك مشكل لا إشكال فيه ، وتعليله بأن الملك لابد فيه من سلطان التصرف ليس كما قال ، بل لابد فيه من سلطان الانتفاع لا التصرف والسلطان هو التمكن بعينه ، وقد بين هو قبل هذا أن المحجور عليهم لا يتصرفون مع أنهم يملكون فكيف يقول لابد في الملك من سلطان التصرف هذا غير صحيح ، وما قاله من أنه إذا بلع الطعام كيف يتقي سلطان بعد ذلك إنما هو استبعاد لقول من يقول يملك بالبلع وهو بعيد كما قال ، بل الصحيح أنه يملك الطعام بالتناول حتى إذا تناول لقمة لا يجوز لغيره انتزاعها من يده فان ابتلعها فقد كان سبق ملكه لها قبل البلع ، وإن لم يبتلعها ونبذها من يده فقد عادت إلى ملك صاحبها وجاز لغيره تناولها ؛ لأن صاحبها لم يمكنه منها إلا ليأكلها فلما لم يأكلها بقيت على ملك =

وبعد أن بلع الطعام كيف يبقى سلطان بعد ذلك على الانتفاع بتلك [1] الأعيان لأنها فسدت عادة ولم تبق مقصودة للتصرف [2] البتة ، فالحق إذا [3] أنها إباحات لا تمليكات .

2246 - وأما السؤال الثاني فقول المالكية : إن من ملك أن يملك هل يعد مالكًا أوّلا [4] ؟ قولان ، قد تقدم أن هذه العبارة رديئة جدًّا وأنها لا حقيقة لها ، فلا يصح أن إيراد النقض بها على الحد لأنا نمنع الحكم فيها .

2247 - وأما السؤال الثالث : وهو مالك الانتفاع دون المنفعة فهو يرجع إلى الإذن والإباحة ، كما في الضيافة ، فتلك المساكن مأذون فيها لمن قام بشرط الواقف إلا [5] أنها فيها ملك لغير الواقف ، بخلاف ما يطلق من الجامكيات فإن المالك [6] فيها يحصل لمن حصل له شرط الواقف [7] فلا [8] جرم صح أخذ العرض بها أو [9] عنها .

2248 - (فإن قلت) : إذا [10] اتضح حد الملك فهل هو من خطاب الوضع أو [11] من خطاب التكليف الذي هو الأحكام الخمسة ؟

2249 - (قلت) : الذي يظهر لي أنه من أحد الأحكام الخمسة وهو إباحة خاصة في تصرفات خاصة وأخذ العوض عن ذلك المملوك على وجه خاص كما [تقرر من] [12] قواعد المعاوضات في الشريعة وشروطها وأركانها ، وخصوصيات هذه الإباحة هي الموجبة للفرق بين المالك [13] وغيره من جميع الحقائق ، ولذلك قلنا : إنه معنى شرعي [14] مقدر يريد أنه متعلق الإباحة ، والتعلق عدمي من باب النسب والإضافات التي لا وجود لها في الأعيان ، بل في الأذهان ، فهي أمر يفرضه العقل كسائر النسب والإضافات كالأبوة ، والبنوة ، والتقدم ، والتأخر ، وغير ذلك ، ولأجل ذلك لنا أن نغير

= صاحبها وان كان تناولها عادت إلى ملك صاحبها هذا هو الصحيح والله تعالى أعلم . وما قال من أنها إباحات لا تمليكات ليس بصحيح بل الاباحات هي التمليكات أو أسباب للتملكيات . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (213/3 ، 214) .

(1) في (ص) : [بذلك] .

(2) في (ص) : [لتصرف] .

(3) في (ص ، ك) : [حينئذ] .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [لا] .

(6) في (ص ، ك) : [الملك] .

(7) في (ص ، ك) : [الوقف] .

(8) في (ص ، ك) : [ولا] .

(9) في (ص ، ك) : [و] .

(10) في (ص ، ك) : [فإذا] .

(11) ساقطة من (ص) .

(12) في (ط) : [تقررت] .

(13) في (ص ، ك) : [الملك] .

(14) ساقطة من (ص ، ك) .

عبارة الحد فنقول : إن الملك إباحة شرعية في عين أو منفعة تقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة أو [1] أخذ العوض عنهما من حيث هي كذلك ، ويستقيم الحد بهذا اللفظ أيضًا ، ويكون الملك من خطاب التكليف ؛ لأن الاصطلاح على [2] أن خطاب التكليف هو الأحكام الخمسة المشهورة ، وخطاب الوضع هو نصب الأسباب والشروط والموانع والتقادير الشرعية ، [وليس هذا] [3] منها بل هو إباحة خاصة ، ومنهم من جعله [4] من باب [5] خطاب الوضع وهو بعيد [6] .

2250 - فإن قلت : الملك سبب الانتفاع فيكون سببًا ، فيكون من باب خطاب الوضع .

2251 - قلت : وكذلك كل حكم شرعي سبب [لمسببات تترتب عليه من مثوبات وتعزيرات ومؤاخذات وكفارات وغيرها [7] ، وليس المراد بخطاب الوضع مطلق الترتب ، بل نقول : الزوال سبب] [8] لوجوب الظهر [9] ، ووجوب الظهر سبب لأن يكون فعله سبب الثواب ، وتركه سبب العقاب ، ووجوبه سبب لتقديمه على غيره من المندوبات ، وغير ذلك مما ترتب [10] على الوجوب ، مع أنه لا يسمى سببًا ، ولا يقال : إنه من خطاب الوضع ، بل الضابط للبابين أن الخطاب متى كان متعلقًا بفعل مكلف على وجه الاقتضاء أو التخيير فهو من خطاب التكليف ومتى لم يكن كذلك وهو من [11] أحد الأمور المتقدمة فهو خطاب الوضع ، وقد يجتمع خطاب الوضع وخطاب

---

(1) في (ك) ، (ص) : [و] .
(2) زيادة من (ص ، ك) .
(3) في (ص ، ك) : [جعله] .
(4) في (ط) : [قال : إنه] .
(5) زيادة من (ص ، ك) .
(6) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله من أنه إباحة ليس عندي بصحيح ، فإن الإباحة هي حكم اللّه تعالى والحكم عند أهل الأصول خطاب اللّه تعالى وخطابه كلامه فكيف يكون الملك الذي هو صفة للمالك على ما ارتضيته أو صفة للمملوك على ما ارتضاه هو كلام اللّه تعالى هذا ما لا يصح بوجه أصلا ، فالصحيح أن مسبب الإباحة هو التمكن والإباحة هي التمكين واللّه أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 215/3 ، 216 .
(7) قال ابن الشاط : قلت : لما فسر الملك بالإباحة مسلم أنه سبب الإنتفاع وليس الأمر كذلك بل الملك الإباحة وهو التمكين من الإنتفاع والانتفاع متعلق الملك ولا يقال في المتعلق أنه سبب المتعلق إلا على وجه التوسع في العبارات لا على المتقرر في الاصطلاح . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 217/3 .
(8) ساقطة من (ص) .
(9) الوقت المختار للظهر من الزوال لآخر القامة بغير ظل الزوال . انظر : الشرح الصغير (219/1) .
(10) في (ص ، ك) : [يترتب] .
(11) في (ص) ، (ك) : [في] .

التكليف ، وقد تقدم بسط ذلك فيما تقدم من الفروق [1] .

2252 - **فإن قلت** : الملك حيث وجد هل يتصور في الجواهر والأجسام ، أو لا يتصور إلا في المنافع خاصة ؟ .

2253 - **قلت** : قال المازري [رحمه الله] [2] في شرح التلقين [3] : قول الفقهاء : الملك في المبيع يحصل في الأعيان ، وفي الإجارات يحصل [4] في المنافع ليس على ظاهره ، بل الأعيان لا يملكها إلا اللّه تعالى [5] ؛ لأن الملك هو التصرف ولا يتصرف في الأعيان إلا اللّه تعالى[6] بالإيجاد والإعدام ، والإماتة والإحياء ، ونحو ذلك ، وتصرف الخلق إنما هو في المنافع فقط بأفعالهم من الأكل والشرب والمحاولات والحركات والسكنات .

2254 - **قال** : وتحقيق الملك أنه إن ورد على المنافع [مع رد العين ، فهو الإجارة وفروعها من المساقاة والمجاعلة والقراض ونحو ذلك ، وأن ورد على المنافع] [7] مع أنه لا يرد العين ، بل يبذلها لغيره بعوض ، أو بغير عوض فهو البيع والهبة ، والعقد في الجميع إنما يتناول المنفعة ، فقد ظهر بهذه المباحث وهذه الأسئلة حقيقة الملك والفرق بينه وبين التصرفات وما يتوهم إلتباسه به .

---

(1) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في ذلك صحيح ، وكذلك ما قاله بعد عن المازري ما عدا قوله إن الملك هو التصرف فإنه غير صحيح على ما قرره المؤلف قبل هذا . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (217/3) .

(2) ساقطة من (ك) .

(3) هو لأبي عبد اللّه محمد بن علي المازري المتوفى سنة (536 هـ) .

واسم الكتاب « التلقين في الفروع » للقاضي عبد الوهاب ابن علي البغدادي المالكي المتوفى 422 هـ . ذكر الذهبي « شرح التلقين » في سيره واصفًا له فقال : شرحه المازري في عشرة أسفار ، هو من أنفس الكتب . كشف الظنون 481/1 .

(4) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(5 ، 7) ساقطة من (ك) .

الفرق الحادي والثمانون والمائة [1]

بين قاعدة الأسباب العقلية وبين [2] قاعدة الأسباب الشرعية نحو بعت واشتريت وأنت طالق وأعتقت ونحوه من الأسباب

2255 - قال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني رحمه الله : يثبت مسبب هذا القسم مع آخر حرف منه تشبيهًا للأسباب الشرعية بالعلل العقلية ؛ لأن العلل العقلية لا توجب معلولها إلا حالة وجودها وإذا عدمت لا يوجد معلولها كالعلم مع العالمية ، والإرادة مع المريدية من العقليات ، والنار مع الإحراق ، والماء مع الإرواء من العاديات ، فكذلك هذه الأسباب [الشرعيات إذا عدم آخر [جزء منها] [3] عدمت جملتها ، فلا ينبغي أن توجب حينئذ حكما بل تقدر مسببات] [4] هذه الأسباب مع آخر حروفها [5] حتى يتحقق المسبب حالة وجود سببه لا حالة عدمه ؛ لأن وجود آخر حرف هو الوجود الممكن في الصيغ ؛ لأنها مصادر سيالة يستحيل وجودها بجملتها ، فيكتفى بوجود آخر حرف منها لأنه القدرة [6] الممكن فيها فيحصل به الشبه بين العقليات والشرعيات .

2256 - وقال غيره من العلماء : بل ينبغي أن لا يكون تقدير مسببات هذه الأسباب إلا عقيب آخر حرف وإن عدمت جملة الصيغة ؛ لأن السبب إنما يتحقق عادة [7] حينئذ ، فالفرق مبني على هذه الطريقة ، ومن وجه آخر يحصل الفرق ؛ لأن هذه الأسباب الشرعية تنقسم إلى ما يوجب مسببه إنشاء نحو عتق الإنسان عن نفسه ، والبيع الناجز ، والطلاق الناجز ، وإلى ما يوجب [8] استلزامًا كالعتق عن الغير فإنه يوجب الملك للمعتق عنه بطريق الالتزام بأن يقدر الملك قبل النطق بالصيغة بالزمن الفرد لضرورة ثبوت الولاء له [9] ولبراءة ذمته من الكفارة المعتق عنها [10] ، ومثله العتق في زمن الخيار إذا كان الخيار للمشتري ،

---

(1) ساقطة من (ص) .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3 ، 4) ساقطة من (ص) .

(5) في (ص ، ك) : [حرف] .

(6) في (ص ، ك) : [القدر] .

(7) ساقطة من (ك) .

(8) في (ص ، ك) : [يوجبه] .

(9) ساقطة من (ص ، ك) .

(10) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله من تقدير الملك قبل النطق بالصيغة بالزمن الفرد لا حاجة إليه ولا دليل عليه ، بل الدليل على خلافه وهو صحة العتق عن الميت وهو لا يصح أن يملك ثم إن المعتق عن غيره لم يقصد إلى ذلك المقدر ، ولو قصد إليه لما صح عتقه إياه لأنه يكون حينئذ معتقا ملك غيره بغير إذنه وذلك لا يصح ، وما ذكره هو وغيره في ذلك من تقدم توكيل المعتق عنه إنما يتجه إذا كان العتق بإذنه ، أما إذا كان العتق بغير إذنه فلا يتجه ، وبالجملة القول بتلك التقديرات في هذا الوضع لا يصح . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 219/3 ، 220 .

فإن الملك ينتقل إليه حينئذٍ بسبب عتقه التزاما ؛ لأن الملك في زمن الخيار للبائع على الأصح والأشهر حتى ينتقل بالتصريح من المشتري ، نحو قوله : قبلت أو اخترت الإمضاء ، فهذه [1] مطابقة ، أو يعتق أو يطأ الأمة أو نحوه بما [2] يقتضي التزام الملك ونقله له ، فقال جماعة من العلماء : يقدر ثبوت الملك قبل العتق حتى عن الغير وهو في ملكه [3] .

2257 - وقال بعض الشافعية : يثبت معه ؛ لأن التقدم على خلاف الأصل ، والضرورة دعت لوقوع العتق في تلك الحالة [4] والمقارنة تكفي في دفع تلك الضرورة ، وهذا المذهب غير متجه لأن العتق مضاد [5] للملك ، واجتماع الضدين محال .

2258 - وتنقسم أيضًا الأسباب الشرعية إلى ما يقتضي ثبوتًا كالبيع والهبة والصدقة ، وإلى ما يقتضي إبطالا لمسبب سبب آخر ، كفوات المبيع قبل القبض يقتضي إبطالًا مسبب السبب السابق وهو المبيع ، وكذلك الطلاق والعتاق يقتضيان [6] إبطال العصمة السابقة المترتبة [7] على النكاح ، والملك المرتب في الرقيق على سببه ، وإذا قلنا بأن الفوات يوجب الفسخ فهل [8] يقتضيه معه لأن الأصل عدم التقدم على السبب أو قبله لأن الانقلاب والفسخ يقتضي تحقيق ما يحكم عليه بذلك ؟ خلاف بين العلماء ، فهذه الوجوه تحصل الفرق بين الأسباب الشرعية والعلل العقلية على بعض المذاهب ، فبطل [9] الشبه بين البابين ، وعلى المذهب الآخر يحصل الشبه بينهما .

---

(1) في (ص ، ك) ك [فهذا] .
(2) في (ص ، ك) : [مما] .
(3) قال ابن الشاط : قلت : إن أرادوا بالعتق إنشاء الصيغة التي هي سبب حصول العتق فقولهم غير صحيح ، وإن أرادوا به حصول العتق بنفسه فقولهم صحيح . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 220/3 .
(4) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(5) في (ص ، ك) : [مضاف] .
(6) في (ص ، ك) : [يقتضي أن] .
(7) في (ص ، ك) : [المرتبة] .
(8) في (ص ، ك) : [هل] .
(9) في (ص ، ك) : [فيبطل] .

الفرق الثاني والثمانون والمائة

بين قاعدة ما يتقدم مسببه عليه من الأسباب الشرعية وبين [1] قاعدة ما لا يتقدم عليه مسببه

2259 - اعلم أن أزمنة ثبوت الأحكام أربعة أقسام : ما يتقدم ، وما يتأخر ، وما يقارن ، وما يختلف فيه .

2260 - فأما ما يقارن فكالأسباب الفعلية في حيازة المباح كالحشيش والصيد و[السلب في الجهاد] [2] حيث [3] سوغناه بإذن الإمام على رأينا ، أو مطلقًا على رأي الشافعية ، وشرب الخمر والزنا والسرقة للحدود ، ومن ذلك التعاليق اللغوية فإنها كلها [4] أسباب ، فإذا علق شرط الطلاق أو غيره .

2261 - وأما ما يتقدم أحكامه عليه فكإتلاف المبيع قبل القبض ، فإنك تقدر الانفساخ في المبيع قبل تلفه ليكون المحل قابلًا للإنفساخ ؛ لأن المعدوم الصرف لا يقبل انقلابه لملك البائع على الخلاف الذي تقدم [5] في الفرق الذي قبل هذا الفرق [6] ، وكقتل [7] الخطأ فإن له حكمين :

2262 - **أحدهما** : يتقدم عليه وهو وجوب الدية فإنها إنما تجب بالزهوق ؛ لأنه سبب استحقاقها [8] من [9] جهة أنها موروثة ، والإرث إنما يكون فيما تقدم فيه إرث ملك [10]

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .

(2) في (ص ، ك) : [والجهاد والسلب فيه] وفي (ك) : [والجهاد والسلب] .

(3) في (ك) : [بحيث] .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) قال ابن الشاط : قلت : لا يصح تقدير الانفساخ في المبيع قبل تلفه ولا حاجة إليه أما عدم صحته فلأن الصحيح في الأسباب المطرد فيها أن تعقبها مسبباتها أو تقارنها وأما عدم الحاجة إليه فلأن انقلاب المبيع إلى مالك البائع لا حاجة إليه ؛ لأن الداعي إلى دعاء الحاجة إلى انقلابه إلى ملكه إنما هو كون ضمانه منه وكون ضمانه منه لا يستلزم كونه على ملكه للزوم الضمان بدون الملك كما في المعتدي وإنما كان ضمانه من البائع وإن لم يكن على ملكه لأنه بقي عليه فعليه حق التوفية . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 222/3 ، 223 .

(7) في (ط) : [كمثل] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(8) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله غير مسلم بل تجب بإنفاذ المقاتل الذي يئول إلى الزهوق . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 223/3 .

(9) في (ص ، ك) : [ومن] .

(10) في (ك) : [إرث ملك] .

الميت ، فيجب أن يقدر ملكه لها حالة حياته في حالة تقبل الملك ؛ لأن الميت لا يقبله .

2263 - وثانيهما : يقترن به وهو وجوب الكفارة ، فإنه لا ضرورة لتقديمها على القتل كما تقدم في الدية .

2264 - وأما ما تتأخر عنه أحكامه فكبيع الخيار يتأخر فيه نقل الملك عن العقد إلى الإمضاء على الصحيح ، وكالطلاق الرجعي مع البينونة بخلاف تحريم الوطء وتنصيص العدد فإنها تقارن ، وكالوصية يتأخر نقلها للملك في الموصى به بعد الموت ، وكذلك السلم والبيع إلى أجل يتأخر عنه توجه المطالبة إلى انقضاء الأجل .

2265 - وأما ما اختلف فيه فكالأسباب القولية نحو : العتق والبيع والإبراء والطلاق والأمر والنهي والشهادات ، فهل تقع مسبباتها [مع آخر حرف منها] [1] وهو مذهب الشيخ أبي الحسن الأشعري ، فإنه كان من الفقهاء الجِلَّة كما كان شيخ المتكلمين ، وهذا [2] مذهبه في الفقه في هذه المسألة ، أو تقع مسبباتها عقيب [3] آخر حرف وهو مذهب جماعة من الفقهاء خلاف .

2266 - (تنبيه) : قال الشافعي ﷺ [4] : إذا قال لامرأته : إن أعطيتني ألفا فأنت طالق ففعلت طلقت وهو مشكل على أصله جدًّا ، فإنه إن أراد بالإعطاء الإقباض فينبغي [5] أن تطلق ولا يستحق شيئًا ، كما لو قال : إن أقبضتني ، وإن أراد بالإعطاء [6] التمليك فكيف يصح التمليك على أصله بمجرد المناولة ، وقاعدته أن المعاطاة والفعل والمناولة لاَ يوجب شيء من ذلك انتقال ملك ؛ فهذه الصورة تعضد المالكية في بيع المعاطاة بالقياس عليها ، ويكون نقضًا على [أصله ، ولا يمكن أن يقال] [7] : اللفظ السابق في التعليق حصل به انتقال الملك ؛ لأن لفظ التعليق إنما اقتضى ربط الطلاق بالإعطاء ، ولم يقتض حصول الملك في المعطَى ، ولعلها لا تعطيه شيئًا فإن اللفظ الدال على الملك لم يوجد البتة فلا يمكن الاعتماد عليه .

---

(1) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(2) زيادة من (ص ، ك) .

(3) في (ك) : [عقب] .

(4) ساقطة من (ك) .

(5) في (ص ، ك) : [يتبغي] .

(6) في (ص) و (ك) : [إعطاء] .

(7) في (ص ، ك) : [ولا يمكنه أن يقول] .

الفرق الثالث والثمانون والمائة

بين قاعدة الذمة وبين [1] قاعدة أهلية المعاملة

2267 - اعلم أن الذمة قد أشكلت معرفتها على كثير من الفقهاء ، وجماعة يعتقدون أنها أهلية المعاملة ، فإذا قلنا : زيد له ذمة معناه أنه أهل لأن يعامل ، وهما حقيقتان متباينتان بمعنى أنهما متغايرتان ، وتحقيق التغاير بينهما أن كل واحدة من هاتين الحقيقتين أعم من الأخرى من وجه ، وأخص [2] من وجه فإن التصرف يوجد بدون الذمة ، والذمة توجد بدون أهلية التصرف ، ويجتمعان معًا كالحيوان والأبيض ، يوجد الحيوان ولا [3] أبيض كالسودان ، والأبيض ولا حيوان كالجير [4] والثلج ، ويجتمعان معا كالصقالبة والطيور البيض ، وهذا هو ضابط الأعم والأخص من وجه ، فالصبيان عندنا المميزون يصح بيعهم وشراهم ويقف اللزوم على إجازة الولي .

2268 - وقال الشافعيُّ ﷺ : لا ينعقد أصلًا وإن أذن له الولي .

2269 - وجوزه أبو حنيفة : بإذن الولي ، فإن عقد بغير إذن الولي وقف على إجازته .

2270 - وقال ابن حنبل : إن عقده بإذن [5] صح وإلا فلا ، واتفق الجميع على عدم الذمة في حقه ، فهذا القسم حصل فيه أهلية التصرف عندنا وعند أبي حنيفة وابن حنبل من غير ذمة له عند الجميع ، وتوجد الذمة بدون أهلية التصرف كالعبيد فإنهم [6] محجور عليهم لحق السادات .

2271 - وإن قلنا : إنهم يملكون فلا يجوز لهم التصرف إلا بإذن السادات سدًّا لذريعة إفساد مالهم ، وحق السادات متعلق به ، ولو جنوا جناية ولم يقع الحديث فيها ولا الحكم كانت متعلقة بذمته إذا عتق طولب بها ، بخلاف الصبي إذا بلغ لا يطالب بما تقرر في ذمته قبل البلوغ ، لكن بما تقدم سببه قبل البلوغ ، و [7] ويطالب به الآن ، وأما العبد يطالب بما تعلق بذمته قبل العتق ، فيكون قد تقدم في حق العبد السبب واللزوم ، وفي حق الصبي السبب دون اللزوم ، وكذلك إذا تزوج بغير إذن سيده وفسخ نكاحه بقي الصداق في ذمته يطالب [8] به بعد العتق ، فاللزوم سابق والمطالبة متأخرة وكلاهما متأخر في حق الصبي لعدم الذمة في حق الصبي ووجودها في حق العبد .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2) في (ص ، ك) : [وأخص منها] .
(3) في (ك) : [لأن] .
(4) ساقطة من (ك) .
(5) في (ص ، ك) : [بإذنه] .
(6) في (ص) : [فإنه] .
(7) ساقطة من (ص ، ك) .
(8) في (ص ، ك) : [يطالبه] .

2272 - وتوجد أهلية التصرف والذمة معا في حق الحر البالغ الرشيد فإن له أهلية التصرف وله ذمة ، فقد ظهر أن الذمة وأهلية التصرف كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه ، فهما متغايران ، ويؤكد ذلك أن المفلس محجوز عليه في ماله الذي حازه الحاكم ليس له أن يتصرف فيه ، وله أهلية التصرف [في مال يستدينه من قوم آخرين أو يرثه أو يوهب له فقد اختصت أهلية التصريف] [1] ببعض الأموال ، وأما ذمته فثابتة بالنسبة إلى الجميع في المالين ، فقد صارت الذمة في هذه الصورة أعم من أهلية التصرف ، وأهلية التصرف أخص من الذمة لحصولها في البعض من الأموال دون البعض .

2273 - **فإن قلت** : الحكم على الشيء بالرد والقبول فرع عن كونه معقولًا ، ومعنى الذمة تعبد [2] غير معقول ، فكيف يقضى عليها بالعموم أو الخصوص أو غيرهما ؟ فلابد من بيان الحقيقتين وإلا فلا يتحصل من هذه العمومات والخصوصات مقصود .

2274 - **قلت** : العبارة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعي [3] مقدر في المكلف قابل للالتزام [4] واللزوم ، وهذا المعنى جعله الشرع مسببًا على أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد فمن بلغ سفيهًا لا ذمة له ، ومنها ترك الحجر كما تقدم في المفلس ، فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أرش [5] الجنايات وأجر الإجارات وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات ، ويقبل التزامه إذا التزم أشياء اختيارًا من قبل نفسه لزمه ، وإذا فقد شرط من هذه الشروط لم [6] يقدر الشرع [7] هذا المعنى القابل للإلزام و [8] الالتزام ، وهذا المعنى المقدر هو الذي تقدر فيه الأجناس المسلم فيها مستقرة حتى يصح مقابلها بالأعواض المقبوضة ناجزًا في ثمنها ، وفيه تقدر أثمان البياعات بثمن إلى آجال بعيدة أو قريبة ، وصدقات الأنكحة والديون في الحوالات ، والحقوق في الضمانات وغير ذلك .

2275 - و [9] لا جرم من لا يكون هذا المعنى مقدرًا في حقه لا يصح في حقه شيء من هذه الأمور ، فلا ينعقد في حقه سلم ولا ثمن إلى أجل ، ولا حوالة ولا [10] حمالة ولا

---

(1) ساقطة من (ك) .
(2) في (ص) ، (ك) : [تعد] .
(3) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(4) في (ص ، ك) : [الالتزام] .
(5) في (ص ، ك) : [أروش] .
(6) ساقطة من (ك) .
(7) في (ص ، ك) : [الشارع] .
(8) في (ص ، ك) : [أو] .
(9 ، 10) ساقطة من (ص ، ك) .

شيء من ذلك ، فهذا هو حقيقة الذمة وبسطها والعبارة الكاشفة عنها ، والسبب الشرعي الذي يقدر الشرع عنده ذلك [1] المعنى الذي هو الذمة [2] .

2276 - وأما أهلية التصرف فحقيقتها عندنا قبول يقدره صاحب الشرع في المحل ، وسبب هذا القبول المقدر التمييز عندنا ، وعند الشافعي التمييز مع التكليف ، وهذا القبول - الذي هو أهلية التصرف - لا يشترط فيه عندنا الإباحة ، فإن الفضولي عندنا له أهلية التصرف ، وتصرفه حرام ، وللمالك عندنا إمضاء ذلك التصرف من غير تجديد عقد آخر [ينفذ ذلك] [3] التصرف ، فدل ذلك على أن العقد المتقدم [4] قابل للاعتبار ، وإنما تعلق به حق آدمي كتصرف العبد بغير إذْن سيده ، ثم إن أهلية التصرف قد توجد في النكاح الذي لا يثبت في الذمم كتصرف الأولياء في الموليات له [5] ، وتوجد في الأحكام فيما لا يثبت في الذمم [6] وأنواع التصرفات كثيرة [7] فيما لا يثبت في الذمة ، فأهلية التصرفات [8] أهلية وقبول خَاصٌّ كما تقدم ليس فيه إلزام ولا التزام ، والذمة معنى مقدر في المحل قابل لهما ، فهذا هو سر [9] الفرق بينهما مع أن كليهما معنى مقدر في المحل ، ووقع الفرق أيضًا من حيث السبب ، فإن الذمة يشترط فيها التكليف من غير خلاف أعلمه بخلاف أهلية التصرف ، فقد وضح الفرق بينهما .

2277 - **فإن قلت** : هل هما من باب خطاب الوضع الذي هو وضع الأسباب والشروط والموانع والتقادير الشرعية ، أو من باب خطاب التكليف الذي هو الوجوب ، والتحريم ، والندب ، والكراهية ، والإباحة ، كما قلته في الملك إنه من باب خطاب التكليف ، وأنه يرجع إلى الإذن والإباحة عند أسباب خاصة وإباحة خاصة كما تقدم بيانه في ذلك .

2278 - **قلت** : الذي يظهر لي وأجزم به أن الذمة وأهلية التصرف من باب خطاب

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .

(2) قال ابن الشاط : قلت : الأولى عندي أن يقال : إن الذمة قبول الإنسان شرعا للزوم الحقوق دون التزامها وعلى هذا تكون للصبي ذمة ، أو يقال : قبول الإنسان شرعا للزوم الحقوق والتزامها فعلى هذا لا تكون للصبي ذمة . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 230/3 .

(3) في (ص) ، (ك) : [تنفيذًا لذلك] .

(4) في (ص) : [متقدم] .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) في (ص ، ك) : [ذممهم] .

(7) في (ط) : [كثير] والصواب ما أثبتناه .

(8) في (ص ، ك) : [التصرف] .

(9) في (ط) : [نفس] .

الوضع [1] دون خطاب التكليف ، وأنهما يرجعان إلى التقادير الشرعية ، والتقادير الشرعية هي إعطاء الموجود حكم المعدوم [و إعطاء] [2] المعدوم حكم الموجود ، وقد تقدم بسطها في الفرق بين الخطابين ، والذمة وأهليةُ التصرف من القسم الثاني وهو إعطاء المعدوم حكم الموجود ، فإنه لا شيء في المحل من الصفات الموجودة كالألوان والطعوم ونحوهما [3] من الصفات الموجودة ، وإنما هو نسبة خاصة يقدرها صاحب الشرع عند سببها موجودة ، وهي لا وجود لها ، بل هذا المعنى من التقدير فقط كما يقدر الملك في العتق الذمة [4] ، وهو معدوم ، وكذلك هذه التقادير تذهب عند ذهاب أسبابها ، وتثبت عند ثبوت [5] أسبابها كمتعلقات الخطاب في التحريم والإباحة وغيرهما [6] ، والتعلقات أمور عدمية تقدر في المحال موجودة ، فهذا هو تلخيص معنى الذمة وأهلية التصرف والفرق بينهما فتأمله .

(1) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله من أنها من التقادير الشرعية فيه نظر ، وكذلك ما قاله من أن النسب أمور سلبية فيه نظر ، وقوله كما تقدر الملك في العتق وهو معدوم إن كان يشير بذلك إلى العتق عن الغير فالصحيح خلاف ذلك . والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 234/3 بتصرف يسير .

(2) زيادة من (ص) .

(3) في (ص ، ك) : [ونحوها] .

(4) زيادة من (ص ، ك) .

(5) في (ط) : [تثبيت] .

(6) في (ص ، ك) : [غيرها] .

الفرق الرابع والثمانون والمائة

بين قاعدة ما يقبل الملك من الأعيان والمنافع وبين قاعدة مالا يقبله

2279 - اعلم أن الأعيان منها مالا يقبل الملك (1) إما لعدم اشتماله على منفعة كالخشاش ، أو لمنفعة محرمة كالخمر والمطربات المحرمة ، أو منفعة تعلق بها حق آدمي كالحر ، فإنه لا يقبل الملك لغيره ؛ لأنه أحق بنفسه من غيره ، أو تعلق بها حق اللّه تعالى (2) كالمساجد والبيت الحرام ، وقد تقدم أن الملك إذن شرعي خاص ، والإذن في غير منتفع به عبث ، وفي المحرم متناقض ، وفيما (3) هو [حق للغير] (4) مبطل لذلك الحق ، فيمتنع الملك (5) في هذه الأقسام ، ومنها ما فيه منفعة فيقبل الملك (6) لأجل منفعة ، وهو قسمان :

2280 - ما يمتنع بيعه إما صونًا لمكارم الأخلاق عن الفساد ككلب الصيد وإجارة الأرض إذا قلنا بأنها لا تؤجر مطلقًا ، لأن ذلك كان قديمًا من الأمور المنافية لمكارم الأخلاق ، ولذلك قال [ﷺ] (7) « من كانت له أرض فليزرعها أو [يمنحها أخاه] (8) » (9) فإن الحسن والقبح في هذه الأمور عادي .

2281 - وإما لتعلق حق الغير كأم الولد لتعلق حقها بالعتق ، والحر لتعلق حقه بنفسه ، والوقف لتعلق حق الموقوف عليه به ، وإما (10) ما سلم من هذه الموانع فهو القابل للملك والتصرف بأسباب الملك على اختلافها ، ونظائره كثيرة معروفة كالبر والإنعام وغيرهما ، فهذا تلخيص الفرق بين القاعدتين .

2282 - وهاهنا قاعدة أخرى تلاحظ في الفرق وهي أن كل تصرف كان من العقود كالبيع أو غير العقود كالتعزيرات وهو لا يحصل مقصوده فإنه لا يشرع ويبطل إن وقع ، فلذلك امتنع بيع الحر ، وأم الولد ، ونكاح المحرم ، وذوات المحرم فإن مقاصد هذه العقود لا تحصل بها ، وكذلك الإجارة على الأفعال المحرمة ، وتعزير من لا يعقل الزجر

---

(1) ساقطة من (ك) .
(2) ساقطة من (ص) .
(3) في (ط) : [فيهما] .
(4) في (ص ، ك) : [الغير] .
(5) في (ط) : [المالك] .
(6) في (ط) : [المالك] .
(7) في (ك) : [عليه الصلاة والسلام] .
(8) في (ك) : [ليمنحها جاره] .
(9) البخاري (المزارعة) (2172) ، الهبة (2439) ، مسلم (بيوع) (2863) ، النسائي (الأيمان) (3815) ، ابن ماجه (الأحكام) (2443) .
(10) ساقطة من (ص ، ك) .

كالسكران والمجنون ونحوهما فإن الزجر لا يحصل بذلك ، والمقصود من البيع ونحوه إنما هو انتفاع كل واحد من المتعارضين بما يصير إليه ، فإذا كان عديم المنفعة أو محرمًا لم يحصل مقصوده فيبطل عقده والمعارضة عليه لهذه القاعدة ، فهذه القاعدة أيضًا تحصل فرقًا بين القاعدتين .

الفرق الخامس والثمانون والمائة

بين قاعدة ما يجوز بيعه وبين قاعدة ما لا يجوز بيعه

2283 - فقاعدة ما يجوز بيعه [ما اجتمع] [1] فيه شروط خمسة [2] ، وقاعدة ما لا يجوز بيعه ما فقد منه أحد هذه الشروط الخمسة فالشروط الخمسة هي : الفرق بينهما وهي [3] الطهارة [4] لقول رسول اللّه [ﷺ] [5] في الصحيحين « إن اللّه ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، فقيل له : يا رسول اللّه ، أرأيت شحوم الميتة فإنها يُطلى بها السفن ويستصبح بها ، فقال : لعن اللّه اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها » [6] .

2284 - **الشرط الثاني** : أن يكون منتفعا به ليصح مقابلة الثمن به [7] .

2285 - **الشرط الثالث** : أن يكون مقدورًا على تسليمه حذرًا من الطير في الهواء والسمك في الماء [ونحوهما] [8] لنهيه ﷺ « عن بيع الغرر » [9] .

---

(1) في (ك) : [ما اجتمعت] .

(2) ذكر القرافي هنا خمسة شروط لما يجوز بيعه وهو المعقود عليه ، وقد جاء في الشرح الصغير : أن شروط صحة المعقود عليه خمسة : الأول : الطهارة فلا يصح بيع نجس ولا متنجس لا يمكن تطهيره كدهن تنجس .
الثاني : الانتفاع به شرعا فلا يصح بيع آلة لهو .
الثالث : عدم نهي عن بيعه .
الرابع : القدرة على تسليمه فلا يجوز بيع طير في الهواء ولا وحش في الفلاة .
الخامس : عدم جهل به فلا يصح بيع مجهول الذات ، ولا القدر ولا الصفة .
ولم يذكر القرافي الشرط الثالث ، وهو عدم نهي عن بيعه ، وذكر شرطا آخر هو أن يكون الثمن والمبيع مملوكين للعاقد ، وهذا شرط من شروط اللزوم ، والشرط من الشروط السابقة من شروط الصحة . انظر : الشرح الصغير (19/3 – 22) . بتصرف وتغيير .

(3) في (ص ، ك) : [بين] .

(4) يشترط فيما يجوز بيعه أن يكون طاهرا فلا يصح بيع نجس ، ولا متنجس لا يمكن تطهيره . وقد ذكر ابن رشد أن هناك نجاسات تدعو الضرورة إلى استعمالها كالرجيع ، والزبل الذي يتخذ في البساتين فاختلف في بيعها في المذهب ، فقيل : بمنعها مطلقا ، وقيل : بإجازتها مطلقا ، وقيل : بالفرق بين العذرة والزبل أي بإباحة بيع الزبل ومنع بيع العذرة . انظر : بداية المجتهد لابن رشد (194/2) تحقيق طه عبد الرؤوف سعد – طبعة المكتبة الأزهرية للتراث .

(5) في (ط) : [لقوله ﷺ] .

(6) أخرجه : البخاري (بيوع) (2082) ، المغازي (3958) ، مسلم (المساقاة) (2960) ولكن بلفظ [ثمنه] بدلًا من [أثمانها] .

(7) في (ط) : [له] .

(8) في (ط) : [نحوها] والصواب ما أثبتناه .

(9) أخرجه : مسلم (البيوع) (2783) ، الترمذي (البيوع) (1151) ، النسائي (بيوع) (4442) ، أبو =

2286 - الشرط الرابع : أن يكون معلومًا للمتعاقدين لنهيه ﷺ « عن أكل المال بالباطل »[1] .

2287 - الشرط الخامس : أن يكون [الثمن والمبيع][2] مملوكين للعاقد والمعقود له ، أو من أقيما مقامه ، [فهذه شروط][3] في جواز البيع دون الصحة ؛ لأن بيع الفضولي[4] وشراءه محرم ، وفي الشروط مسألتان :

2288 - المسألة الأولى : في الشرط الثاني قال صاحب الجواهر : يكفي أصل المنفعة ، وإن قَلَّت وقَلَّت قيمتها فيصح بيع التراب والماء ولبن الآدميات[5] ، وقاله الشافعي وابن حنبل قياسًا على لبن الغنم .

2289 - وقال أبو حنيفة رضي الله عنه أجمعين[6] لا يجوز بيعه ولا أكله ، لأنه جزء حيوان منفصل عنه في حياته فيحرم أكله فيمتنع بيعه ، وجوابه القياس المتقدم ، وفرق هو بشرف الآدمي وإباحة لبنه هو أنه استثنى[7] منه الرضاع للضرورة ، وبقي ما عداه على الأصل بخلاف الأنعام بدليل تحريم لحمه تشريفًا[8] له .

2290 - ويندفع الفرق بما روي عن عائشة رضي الله عنها « إنها أرضعت كبيرًا فحرم عليها »[9] فلو كان حرامًا لما فعلت ذلك ولم ينكر عليها أحد من الصحابة ، فكان ذلك إجماعًا على إلغاء هذا الفرق .

= داود (البيوع) (2932) ، ابن ماجه (التجارات) (2185) ، الموطأ (البيوع) (1175) ، الدارمي (بيوع) (2441) .

(1) أخرجه : مسلم (الإمارة) (3431) ، أبو داود (الأطعمة) (3261) .

(2) في (ص ، ك) : [المبيع والثمن] .

(3) في (ص) ، (ك) : [فهذا شرط] .

(4) في (ط) : [الفضول] .

(5) اختلف الفقهاء في جواز بيع لبن الآدمية إذا حلب ، فمالك والشافعي يجوزانه ، وأبو حنيفة لا يجوزه ، وعمدة من أجاز بيعه أنه لبن أبيح شربه ، فأبيح بيعه قياسا على لبن سائر الأنعام ، وأبو حنيفة يرى أن تحليله إنما هو لمكان ضرورة الطفل إليه ، وأنه في الأصل محرم ، إذ لحم ابن آدم محرم ، والأصل عندهم أن الألبان تابعة للحوم ، فقالوا في قياسهم هكذا : الإنسان حيوان لا يؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه . انظر : بداية المجتهد (197/2) .

(6) ساقطة من (ك) .

(7) في (ص) : [أن به] وفي (ك) [أن به يستثنى] .

(8) في (ك) : [شرفًا] .

(9) أخرجه أبو داود في السنن كتاب النكاح ، باب في رضاعة الكبير [222/2 رقم 2058] وابن ماجه كتاب النكاح باب رضاعة الكبير [625/1 رقم 1943] عن عائشة رضي الله عنها .

2291 - المسألة الثانية : بيع الفضولي [1] في الشرط الخامس [2] ، قال صاحب الجواهر : مقتضى ما حكاه الشيخ أبو إسحاق أن هذا الشرط شرط في الصحة ، وقاله الشافعي وابن حنبل رضي الله عنهما [3] .

2292 - وقال أبو حنيفة رضي الله عنه [4] : هو شرط في الشراء دون البيع .

2293 - وقال ابن يونس : يمتنع أن يشتري من رجل سلعة ليست في ملكه ، ويوجب على نفسه تحصيل ثمنها ؛ لأنه غرر .

2294 - وقال سحنون : إن ترك [5] ذلك فلربها إمضاء البيع ، كمن غصب سلعة والمشتري يعلم بالغصب ، ومنع أشهب ذلك في الغاصب لدخولهما على الفساد والغرر .

2295 - قال ابن يونس : وهو القياس في المسألتين .

2296 - قلت : فظاهر هذا النقل يقتضي أن إطلاق الأصحاب محمول على ما إذا كان المشتري غير عالم بعدم الملك ، فالمشهور أن له الإمضاء ، أما إذا علم فلا ، على هذا الخلاف احتج الشافعية والحنابلة بقوله عليه السلام : « لا بيع ولا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك ابن آدم » [6] ولأن وجود السبب بكماله بدون آثاره يدل على فساده وقياسًا على الطلاق ، والفرق عند أبي حنيفة أن الشراء يقع للمباشر فيفتقر نقل الملك إلى عقد آخر ، وكذلك الوكيل عنده يقع العقد له ثم ينتقل بخلاف البائع ، فإنه مخرج للسلعة لا جالب لها .

2297 - والجواب عن الأول : القول بالموجب أو تحمله على ما قبل الإجازة ؛ لأن العام في الأشخاص مطلق في الأحوال ، سلمنا عمومه في الأحوال لكنه معارض بأنه عليه السلام دفع لعروة البارقي [7] دينارًا ليشتري له به أضحية فاشترى به أضحيتين ثم باع أحدهما بدينار ، وجاء بدينار وأضحية إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : بارك الله لك في صفقة يمينك فكان إذا اشترى التراب ربح فيه » [8] خرجه أبو داود ، ولأنه تعاون على البر فيكون

---

(1) في (ط) : [الفضول] .

(2) اشترط المالكية لصحة بيع الفضولي ثلاثة شروط . أحدهما : ألا يكون المالك حاضرا مجلس البيع ، ولكنه حاضر في البلد ، أو غائب عنه غيبة قريبة ، ولا بعيدة ولكنه بحيث يضر الصبر إلى قدومه أو مشورته . وثانيها : أن يكون في غير الصرف ، وأما فيه فإنه يفسخ . ثالثها : أن يكون في غير الوقف وأما فيه فإنه يفسخ . انظر : الشرح الصغير (26/3) . والزرقاني (19/5) طبعة دار الفكر .

(3 ، 4) ساقطة من (ك) .

(5) في (ص ، ط) : [نزل] .

(6) أخرجه : أبو داود (الطلاق) (1873) .

(7) هو عروة بن عياض بن أبي الجعد البارقي ، وبارق من الأزد ، يقال : إن بارقا جبل نزله بعض الأزد ، فنسبوا إليه . واستعمل عمر بن الخطاب عروة هذا على قضاء الكوفة ، وهو من جلة من سير إلى الشام من أهل الكوفة في خلافة عثمان بن عفان . ترجمته : أسد الغابة 30/4 .

(8) أبو داود (البيوع) (2937) .

مشروعًا لقوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة : 2] .

2298 - وعن الثاني : إنه ينتقض ببيع الخيار [قبل الإمضاء] [1] .

2299 - وعن الثالث : الفرق بأن [2] الطلاق والعتاق لا يقبلان الخيار ، فكذلك لا يقبلان الإيقاف ، والبيع يقبل الخيار فيقبل الإيقاف .

2300 - فرع مرتب : إذا قلنا : إن بيع [الفضولي] [3] يصح ويتوقف على الإجازة ، فهل يجوز الإقدام عليه [4] ابتداء ؟

2301 - قال القاضي في التنبيهات : ما يقتضي تحريمه لعدة أيام مع ما يقتضي الفساد لأمر خارجي ، وقال : ذلك كبيع الأم دون ولدها ، وبيع يوم الجمعة ، وبيع مال الغير بغير أمره ، وظاهر كلام صاحب الطراز [5] الجواز ، لقوله تعالى [6] : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ [7] ﴾ [المائدة : 2] .

2302 - وقال الأبهري [8] قال مالك : يحرم بيع السلع في [9] أيام الخيار حتى يختار لنهيه ﷺ « عن بيع ما لم يضمن » [10] .

2303 - قال الأبهري : يحرم ذلك عليها حتى يتقرر ملكه عليها ، قال : ومعنى نهيه ﷺ عن بيع ما لم يضمن : بيع الإنسان لملك غيره ، وهذا تصريح من مالك والأبهري بالتحريم ، ويجاب عن حديث عروة البارقي بأن حالة [11] الصحبة أوجبت الإذن بلسان الحال الذي يقوم مقام التوكيل بلسان المقال الموجب لنفي الإثم والإباحة بخلاف الأجنبي مطلقًا .

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .

(2) في (ص ، ك) : [أن] .

(3) في (ط) : [الفضول] .

(4) زيادة من (ص ، ك) .

(5) هو سند بن عتاب بن إبراهيم الأذدي ، فقيه ، جدلي له شرح المدونة من فروع المالكية ، واسم الكتاب «الطراز» خرج به المدونة في نحو ثلاثين سفرًا ، ولم يتم ، وله مؤلف في الجدل ، توفي بالأسكندرية (541 هـ) ، هدية العارفين 411/5 .

(6 ، 7) ساقطة من (ص ، ك) .

(8) هو أبو بكر بن محمد بن عبد الله محمد بن صالح التميمي الأبهري المالكي ، سمع أبا القاسم البغوي ، وعبد الله بن زيدان البجلي ، وحدث عنه : الدارقطني ، وعلي بن المحسن التنوخي . قال الشيرازي : جمع أبو بكر بين القراءات ، وعلو الإسناد ، والفقه الجيد وقالوا عنه : كان ثقة انتهت إليه رئاسة مذهب مالك ، وسئل أن يلي القضاء فامتنع . توفي سنة 375 هـ سير أعلام النبلاء (406/12 ، 407) ، شذرات الذهب (85/3 ، 86) .

(9) زيادة من (ص ، ك) .

(10) إن رسول الله ﷺ : « نهى عن سلف وبيع وشرط في بيع وربح ما لم يضمن » أخرجه : النسائي (البيوع) (4550) ، ابن ماجه (التجارات) (2179) ، الدارمي (البيوع) (2447) .

(11) في (ص ، ك) : [حالية] .

الفرق السادس والثمانون والمائة

بين قاعدة ما يجوز بيعه جزافًا [1]

وقاعدة ما لا يجوز بيعه جزافًا

2304 - فقاعدة ما يجوز بيعه جزافًا ما اجتمع فيه شرائط ستة [2] .

2305 - الشرط الأول [3] : أن يكون معينًا للحس حتى يستدل بظاهره على باطنه .

2306 - الشرط الثاني [4] : أن يكون [المشتري والبائع] [5] جاهلين بالكيل خلافًا للشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهما [6] لأنه غش ؛ لأن عدولهما عن الكيل يشعر بطلب المغابنة ولقوله عليه السلام : « من علم كيل طعام فلا يبيعه جزافًا حتى يبينه » .

2307 - الشرط الثالث : أن يكونا اعتادا الحزر [7] في ذلك ، فإن لم يعتادا أو اعتاد أحدهما لم يجز خلافًا للشافعي رضي الله عنه في اكتفائه بالرؤية ، وجوابه أن الرؤية لا تنفي [الغرر] [8] في المقدار [9] .

---

(1) جزافًا : الجزف : الأخذ بالكثرة ، وجزف له في الكيل : أكثر ، والجزاف : المجهول القدر ، مكيلًا أو موزونًا ، والجُزاف والجِزاف والجُزافة والجِزافة : بيعك الشيء واشتراؤه بلا وزن ولا كيل ، وهو يرجع إلى المساهلة ، وهو دخيل . انظر (اللسان) (جزف) (618) .

(2) الواقع أن الشروط سبعة لا ستة ذكرها صاحب الشرح الصغير بقوله :
أجازه الشارع للضرورة والمشقة فيجوز بشروط سبعة : إن رئي حال العقد أو قبله واستمر على حاله لوقت الصفة ، ولم يكثر جدا أي يكون كثيرا لا جدا ، وجهلاه معا أي جهلا قدر كيله أو وزنه ، أو عدده ، وحرزاه أي خمنا قدره عند إرادة العقد عليه ، واستوت أرضه في اعتقادهما وإلا فسد العقد ، وشق عدده أي كان في عده مشقة إن كان معدودا كالبيض ، وأما ما شأنه الكيل كالحب أو الوزن كالزيتون فلا يشترط فيه المشقة ، ولم تقصد أفراده أي آحاده بالبيع فإن قصدت كالثياب والعبيد لم يجز بيعه جزافا إلا أن يقل ثمنه عادة فيجوز . انظر : الشرح الصغير (35/3 ، 37) بتصرف يسير .

(3) ليست في النسخ التي بين أيدينا وقد أثبتناها لأن السياق يقتضيها .

(4) ساقطة من (ك) .　　(5) في (ص ، ك) : [البائع والمشتري] .

(6) المغابنة : الغبنْ : الوكْس ، وقد غُبن فهو مغبون أي خدعه ، وغبنت في البيع غَبْنا إذا غفلت عنه ، بيعًا كان أو شراء . انظر : اللسان (غبن) (3211) .　　(7) ساقطة من (ك) .

(8) الغرر : غره يغره غرًّا وغرورًا وغِرة فهو مغرور وغرير : خدعه وأطمعه بالباطل . وفي الحديث : « المؤمن غر كريم » أي ليس بذي نُكر ، فهو ينخدع لإنقياده ولينه ، وهو ضد الخب ، والغرُور : ما غرك من إنسان وشيطان وغيرهما . انظر : اللسان (غرر) (3232) .　　(9) في (ك) : [المقدرات] .

2308 - الشرط الرابع : قال اللخمي : أن يكون المبيع مما يكال أو يوزن ، ولا يجوز في المعدود ، غير أن مالكًا أجاز بيع صغار الحيتان والعصافير جزافًا إذا ذبحت ؛ لأن الحية يدخل بعضها تحت بعض ، والمكيل والموزون يقصد كثرته وقلته ، والمحصل لهما الحزر وما يقصد آحاد جنسه لا يجوز بيعه جزافًا كالثياب ، فإن الغرض يتعلق بثوب دون ثوب ولا يتعلق الغرض بقمحة دون قمحة ، بل المطلوب الجنس والمقدار دون الآحاد بخصوصياتها .

2309 - الشرط الخامس : نفي ما يتوقع معه الربا فلا يباع أحد النقدين بالآخر جزافًا ، ولا طعام بطعام من جنسه جزافًا .

2310 - الشرط السادس : عدم المزابنة [1] كبيع صبرة جير أو جبس بمكيلة من ذلك الجنس ؛ لأنه بيع للمعلوم بالمجهول من جنس ، وذلك هو المزابنة المنهي عنها ، وإذا اجتمعت هذه الشروط جاز البيع جزافًا ، ومتى فقد واحد منها امتنع البيع جزافًا .

---

(1) المزابنة : الزبن هو دفع الشيء عن الشيء ، والمزابنة بيع الرُّطب على رؤس النخل بالتمر كيلًا ، وكذلك كل ثمرٍ بيع على شجر بثمر كيلًا وأصله من الزبن الذي هو الدفع ، وإنما نهي عنه لأن الثمر بالثمر لا يجوز إلا مثلًا بمثل ، فهذا مجهول لا يُعلم أيهما أكثر ولأنه بيع مجازفةٍ من غير كيل ولا وزن ، ولأن البيعين إذا وقفا فيه على الغبن أراد المغبونَ أنْ يفسخ البيع ، وأراد الغابن أن يُمضيه ، فتزابنا فتدافعا واختصما ، وإن أحدهما إذا ندم زبن صاحبه عما عقد عليه ، أي دفعه . انظر : (اللسان) (زبن) (1808 ، 1809) .

الفرق السابع والثمانون والمائة

بين قاعدة ما يجوز بيعه على الصفة

وبين [1] قاعدة ما لا يجوز بيعه على الصفة

2311 - فقاعدة [2] ما يجوز بيعه على الصفة ما اجتمع فيه ثلاثة شروط :

2312 - أن لا يكون قريبًا جدًّا تمكن رؤيته من غير مشقة ، فإنه عدول عن اليقين [3] إلى توقع الغرر .

2313 - وأن لا يكون بعيدًا جدًّا لتوقع تغيره قبل التسليم ، أو يتعذر تسليمه .

2314 - و [4] الشرط الثالث : أن يصفه بصفاته التي تتعلق الأغراض بها ، وهي شروط التسليم [5] ليكون مقصود المالية حاصلًا ، فإن لم يذكر الجنس بل يقول : ثوب أو عبد امتنع إجماعًا ، وإن ذكر الجنس جوزه أبو حنيفة إذا عينه بمكانه فقط ، فيقول : بعتك ثوبًا في مخزني بالبصرة ، أو بعتك ما في كمي ، وللمشتري الخيار عند الرؤية ، ومنع بيع ثوب من أربعة ، وأجازه من ثلاثة أثواب لاشتمالها [6] على الجيد والرديء والوسط ، والرابع إذا أضاف إليها غرر لغير ضرورة ، وكذلك [7] أجاز خيار ثلاثة أيام فقط ، ومنع الاقتصار على الجنس فقط مالك والشافعي وابن حنبل ﷺ [8] لبعد العقد عن اللزوم بسبب توقع مخالفة الغرض عند الرؤية ، وأبو حنيفة [رحمه الله] [9] يقول : لا ضرر عليه لأن له الخيار ، فإن أضاف للجنس صفات السلم [10] جوزه مالك وأحمد بن حنبل ووافقاه [11] على الجواز ، وألزما البيع إذا رآه موافقًا .

2315 - ومنع الشافعي الصحة للغرر ، وأثبت له الخيار أبو حنيفة عند الرؤية ، وإن وافق الصفة ومنع بيع الحيوان على الصفة لعدم انضباطه بالصفة وهي سبب نفاسته وخساسته فالصفة عنده في غير الحيوان توجب الصحة دون اللزوم ، وعند الشافعي لا توجبهما ، وعندنا توجبهما .

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .

(2) في (ص ، ك) : [قاعدة] .

(3) في (ط) : [لليقين] .

(4) أثبتناها لاقتضاء السياق .

(5) في (ص ، ك) : [السلم] .

(6) في (ط) : [لاشتمالهما] .

(7) في (ص ، ك) : [لذلك] .

(8) ساقطة من (ك) .

(9) زيادة من (ص ، ك) .

(10) بياض في (ك) .

(11) في (ص ، ك) : [ووافقوه] .

2316 - حجة أبي حنيفة : [ﷺ] [1] أن الجهل إنما وقع في الصفات دون الذوات [2] ، ونهيه ﷺ عن بيع المجهول إنما هو فيما جهلت ذاته ، لأن الجهل بالذوات [3] أقوى ؛ لأن الصفة [4] تبع للذات ، ولقوله ﷺ : « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه » [5] ولأنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه الصفة ، كالنكاح وباطن الصبرة والفواكه في قشرها ، وقياسا على الأخذ بالشفعة فإنه لا يشترط معرفة أوصافه .

2317 - والجواب عن الأول : أن تفاوت المالية إنما هو بتفاوت الصفات دون الذوات ، ومقصود الشرع حفظ المال عن الضياع .

2318 - وعن الثاني : قال الدارقطني : هو موضوع .

2319 - وعن الثالث : أنا نقلبه عليهم فنقول : عقد معاوضة ، فلا يثبت فيه خيار الرؤية كالنكاح ، وكل من قال بانتفاء خيار الرؤية قال باشتراط الصفة فتشترط ، ثم الفرق سترة المخدرات عن الكشف لكل خاطب [لئلا يتسلط] [6] عليهن السفهاء ، وباطن الصبرة مساو لظاهرها ، وليست صفات المبيع [مساوية لجنسه] [7] ، والعلم بأحد المتساويين علم بالآخر .

2320 - وعن الرابع : أن الأخذ بالشفعة دفع للضرر فلا يلحق به ما لا ضرر [8] فيه ، [و حجة الإمام الشافعي] ﷺ [9] القياس على السلم في المعين وإن وصف ، ونهيه ﷺ عن بيع المجهول .

2321 - والجواب عن الأول : الفرق بأن من شرط السلم أن يكون في الذمة ، والمعين لا يكون في الذمة ، بدليل لو رآه وأسلم فيه لم يصح .

2322 - وعن الثاني : أن الصفة تنفي الجهالة لقوله تعالى : ﴿ فَلَمَّا جَآءَهُم مَّا عَرَفُواْ كَفَرُواْ بِهِۦ فَلَعۡنَةُ ٱللَّهِ عَلَى ٱلۡكَٰفِرِينَ ﴾ [البقرة : 89] فأخبر تعالى أن رسوله محمدًا ﷺ كان معروفًا عندهم لأجل الإحاطة بصفته في كتبهم وقياسًا على السلم ، فهذا هو الفرق ، فمتى فُقد شرط من هذه الشروط [10] فهو ما [11] لا يجوز بيعه على الصفة .

---

(1) ساقطة من (ك) .
(2) في (ص) ، (ك) : [الذات] .
(3) في (ص ، ك) : [بالذات] .
(4) في (ص ، ك) : [الصفات] .
(5) أخرجه الزيلعي في « نصب الراية » 9/4 والعجلوني في « كشف الخفا » 323/2 .
(6) في (ص ، ك) : [فيتسلط] .
(7) في (ص ، ك) : [متساوية] .
(8) ساقطة من (ك) .
(9) في (ص ، ط) : [حجة الشافعي] .
(10) في (ك) : [الصفات] .
(11) في (ص ، ك) : [ما] .

2323 - تنبيه : حيث اشترطنا الصفات في الغائب أو السلم فينزل كل وصف على أدنى رتبة ، وصدق مسماه لغة [1] لعدم انضباط مراتب الأوصاف في الزيادة والنقص ، فيؤدي ذلك للخصام والقتال والجهالة بالمبيع .

(1) ساقطة من (ص ، ك) .

الفرق الثامن والثمانون والمائة

بين قاعدة تحريم بيع الربوي بجنسه
وبين قاعدة عدم تحريم بيعه بجنسه

2324 - متى اتحد جنس الربوي من الطرفين وكان معهما أو مع أحدهما جنس آخر امتنع البيع عند مالك والشافعي وأحمد [1] بن حنبل ﷺ [2] ، وجاز عند أبي حنيفة [3] ﷺ ، وتسمى هذه القاعدة بمد عجوة ودرهم بدرهمين [4] ، وشنع على أبي حنيفة ﷺ [5] فإنه على أصله ينبغي أن يجوز بيع [دينار بدينارين] [6] في قرطاس لاحتمال مقابلة الدينار الزائد بالقرطاس ، وهو قد جوزه وهو شنيع .

2325 - لنا أن المضاف يحتمل أن يقابله من الآخر ما لا يبقى بعد المقابلة إلا أقل من مساوي المضاف إليه ، والمماثلة شرط ، والجهل بالشرط يوجب الجهل بالمشروط ، فلا يقضى بالصحة ، ولأنه ذريعة للتفاضل ، واتفق الجميع على المنع إذا كان الربويان مستويين [7] في المقدار ، ومع أحدهما عين أخرى لأنها تقابل من أحدهما جزءًا ، فيبقى أحدهما أكثر من الآخر بالضرورة ، فيذهب ما يعتمد عليه أبو حنيفة من حسن الظن بالمسلمين .

2326 - وفي مسلم عن النبي ﷺ « أنه [8] أتي بقلادة وهو بخيبر فيها ذهب وخرز فمنع بيعها حتى تفصل » [9] وهو يبطل مذهب الحنفية مضافًا إلى الوجهين السابقين ، وأجابوا بأن قضية القلادة واقعة عين لم يتعين المنع فيها لما ذكرناه ، بل لأن الحلي الذي كان فيها كان مجهول الزنة ونحن لا نجيزه مع الجهل بالزنة ، فإذا فصلت القلادة ووزنت علم وزنها فجاز بيعها فلم قلتم : إن المنع ما [10] كان لذلك ، والعمدة قوله ﷺ [11] : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الفضة بالفضة إلا مثلًا بمثل » [12] فجعل الجميع على المنع

---

(1) زيادة من (ك) .
(2 ، 3) ساقطة من (ك) .
(4) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(5) في (ص) : [ﷺ] ، وهي ساقطة من (ك) .
(6) في (ص ، ك) : [دينارين بدينار] .
(7) في (ك) : [متساويين] .
(8) ساقطة من (ص ، ك) .
(9) أخرجه : مسلم (مساقاة) (2979) .
(10) ساقطة من (ص ، ك) .
(11) في (ص ، ك) : [ﷺ] .
(12) أخرجه : البخاري (البيوع) (2029) ، ومسلم (المساقاه) (2970) ، والترمذي (البيوع) (1161) ، والنسائي (البيوع) (4502) .

[إلا في حالة المماثلة ، وهذه الحالة غير معلومة في صورة النزاع فوجب بقاؤها من المنع] [1] .

2327 - **فإن قلت** : ظاهر حال الإنسان [2] يقتضي الظن بحصول المماثلة ، والظن كافٍ في ذلك كالطهارات وغيرها .

2328 - **قلت** : لا نسلم أن الظن يكفي في] [3] المماثلة في باب الربا ، بل لا بد من العلم بمشاهدة الميزان و [4] المكيال ، وباب الربا أضيق من باب الطهارة [5] فلا يقاس عليه .

---

(1) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(2) في (ص ، ك) : [المسلمين] .

(3) ساقطة من (ك) .

(4) في (ص ، ك) : [أو] .

(5) في (ص) ، (ك) : [الطهارات] .

الفرق التاسع والثمانون والمائة [1]

بين قاعدة ما يتعين من الأشياء
وبين قاعدة ما لا يتعين في البيع ونحوه

2329 - اعلم أن العقود ثلاثة أقسام :

2330 - القسم الأول : يرد على الذمم فيكون متعلقه الأجناس [2] الكلية دون أشخاصها ، فيحصل الوفاء بمقتضاها بأي فرد كان من ذلك الجنس ، فإن دفع فردًا منه فظهر [3] مخالفته للعقد رجع بفرد غيره ، وتبينا أن المعقود عليه [باقٍ في الذمة إلى الآن] [4] حتى يقبض من ذلك الجنس فرد مطابق للعقد ، هذا متفق عليه [5] .

2331 - القسم الثاني : مبيع مشخص الجنس [6] فهذا معين ، وخاصته أنه إذا فات ذلك المشخص قبل القبض انفسخ العقد اتفاقًا ، واستثنى من المشخصات صورتان :

2332 - الصورة الأولى : [النقود] [7] ، إذا شخصت وتعينت للحس هل يتعين أم لا ؟ ثلاثة أقوال [في المذهب] [8] .

2333 - أحدها : تتعين بالشخص على قاعدة المشخصات وقاله الشافعي وابن حنبل .

2334 - وثانيها : أنها لا تتعين وهو مشهور مذهب مالك وقاله أبو حنيفة ﷺ أجمعين [9] .

2335 - وثالثها : تتعين إن شاء بائعها لأنه أملك بها ولا مشيئة لقابضها فإن اختص النقد بصفة نحو الحلي أو رواج السكة ونحوهما تعينت اتفاقًا .

2336 - احتج الشافعي ﷺ بأمور :

2337 - أحدها : أن غرضه متعلق بها عند الفلس ، والنقد المعين آكد من الذي [10] في

(1) ساقطة من (ص) .
(2) في (ص) ، (ك) : [للأشخاص] .
(3) في (ص) : [فظهر أفرادًا منه فظهر] وفي (ك) : [فظهر أفراد منه فظهر] .
(4) في (ص ، ك) : [إلى الآن باق في الذمة] .
(5) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في ذلك صحيح إلا قوله فيكون متعلقه الأجناس الكلية دون أشخاصها فإنه إن أراد لفظه فليس بصحيح بل متعلقه أشخاص غير معينة مما يدخل تحت الكلي ولذلك صح الوفاء بأي فرد كان وافق الصفات المشترطة . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (254/3) .
(6) في (ص ، ك) : [للجنس] .
(7) في (ص) ، (ك) : [النقدان] .
(8) زيادة من (ص ، ك) .
(9) ساقطة من (ك) .
(10) في (ص ، ك) : [الدين] .

الذمة لتشخصه ، فإذا تعين النقدان في الذمة وجب أن يتعينا إذا شخصا بطريق الأولى .

2338 - وثانيها : أن الدين يتعين فلا يجوز نقله إلى ذمة أخرى ، فوجب أن يتعين النقدان بالقياس على الدين .

2339 - وثالثها : أن ذوات الأمثال كأرطال الزيت من خابية واحدة [1] وأقفزة القمح من صبرة واحدة لا يتعلق بخصوصياتها غرض ، بل كل قفيز منها يسد مسد الآخر عند العقلاء ، ومع ذلك فلو باعه قفيزًا من أقفزة كيلت من صبرة واحدة أو رطلًا من أرطال الزيت من جرة واحدة وجعله مورد العقد وعينه لم يكن له إبداله بغير ، بل يتعين بالتعيين مع عدم الغرض فكذلك النقدان .

2340 - والجواب عن الأول : أن الفلس نادر ، والنادر ملحق بالغالب في الشرع .

2341 - وعن الثاني : أن الدين إنما يتعين ولم يجز أن ينقله إلى ذمة أخرى ؛ لأن الذمم تختلف باللدد وقرب الإعسار فلذلك تعين الدين ، ولو حصل في النقدين اختلافًا لتعينت أيضًا اتفاقًا ، وإنما الكلام عند عدم الاختلاف .

2342 - وعن الثالث : أن السلع وإن كانت ذوات أمثال فإنها مقاصد ، والنقدان وسيلتان لتحصيل المثمنات ، والمقاصد أشرف من الوسائل إجماعًا ، فلشرفها اعتبر تشخيصها ، وعين النقد وإن قام غيره مقامه فأثر بشرفه في تعيين تشخيصه بخلاف الوسائل ضعيفة ، فلم تؤثر في تعيين تشخيصها إذا قام غيرها مقامها ، ولم يختص بمعنى فيها ، فظهر الفرق بينهما ، وفي الفرق ثلاث مسائل :

2343 - المسألة الأولى : أن [2] مقتضى مذهب مالك وأبي حنيفة [﵄ [3]] أن خصوص النقدين لا يملكان البتة بخلاف خصوصيات المثليات ، فإذا غصب غاصب من شخص دينارًا لا يتمكن من طلب خصوصه بل يستحق الزنة والجنس دون الخصوص ، وللغاصب [4] أن يعطيه دينارًا غيره وإن كره ربه إذا كان الدينار [5] الذي يعطيه الغاصب حلالًا مساويًا للسكة والمقاصد في الدينار المغصوب [6] ولذلك إذا قال له

---

(1) ساقطة من (ك) .
(2) زيادة من (ص ، ك) .
(3) ساقطة من (ك) .
(4) في (ط) : [فالغاصب] .
(5) ساقطة من (ص ، ك) .
(6) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في ذلك ضعيف والصحيح في النظر لزوم رد الدينار المغصوب بعينه مادام قائمًا أما إذا فات فله رد غيره . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 257/3 .

في بيع المعاطاة : بعني بهذا الدرهم هذه السلعة فباعه إياها به له أن يمتنع من دفعه ويعطيه غيره ، و [1] لأن الخصوص في أفراد النقدين لا يتعلق به ملك ، ولا يتناوله عقد ، بل المستحق هو الجنس والمقدار فقط دون خصوص ذلك الفرد ، وعلى هذا أيضًا لا تكون العقود في النقدين تتناول إلا الذمم خاصة ، ولا فرق عند الإمامين ومن وافقهما بين قول القائل : بعني [2] بدرهم ، وبين قوله : بعني بهذا الدرهم ويعينه ، والعقد في الصورتين إنما يرد على الذمة دون ما عين ، ونصوص المذهب تتقاضى ذلك من مالك والأصحاب ، غير أنهم إذا قيل لهم : إن خصوص النقدين في الشخص لا تملكه ، وإن خصوص كل دينار [لا يملك] [3] قد يستشنع [4] ذلك وينكر وهو لازم على المذهب ، وإذا كانت الخصوصيات لا تملك كانت المعاملات بين الناس بالجنس والمقدار فقط فاعلم ذلك [5] .

2344 - **المسألة الثانية** : قال العبدلي : لا تتعين الدنانير والدراهم في مذهب مالك إلا في مسألتين : الصرف والكراء .

2345 - وقال الشيخ أبو الوليد في المقدمات : النقدان يتعينان بالتعيين في الصرف عند مالك وجمهور أصحابه [6] ، وإن لم يتعين تعينت بالقبض وبالمفارقة ، ولذلك جاز الرِّضَى بالزائف في الصرف .

2346 - وقال سند في الطراز : إذا لم يتعين النقدان فالعقد [7] إنما يتناول التسليم ، فإذا قبض في الصرف رديًا وقد [8] افترقا قبل القبض لا [9] يتناوله العقد فيفسد ، فإن قلنا بأن القبض يبريء الذمة وتعين [10] صح العقد ، والطارئ بعد ذلك استحقاق أو عيب أو [11] حكم متجدد لنفي الظلامة ، كعقد النكاح مبرم [12] مفيد للميراث وحل الوطء ، وإذا ظهر بعد الموت عيب بأحد الزوجين يوجب الرد فإذا رضي بالعيب بقي العقد على حاله وإن كره الآخر ، وإن أراد البدل منعه مالك إلا أن يدلس بائعه ، وفي المسألة

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2 ، 3) ساقطة من (ك) .
(4) في (ك) : [الصحابة] .
(5) قال ابن الشاط : قلت : ذلك كله عندي غير صحيح ، والقول بأن الدينار الذي في يد الإنسان بميراثه من أبيه أو بأخذه عوضا عن سلعة معينة كانت ملكه ليس مالكا له في أشنع قول يسمع ، وأفحش مذهب ببطلانه يقطع . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق 257/3 .
(6) في (ك) : [الصحابة] .
(7) في (ص ، ك) : [والعقد] .
(8) في (ص ، ك) : [فقد] .
(9) في (ص ، ك) : [لما] .
(10) في (ص ، ك) : [يتعين] .
(11) في (ص ، ك) : [فهو] .
(12) في (ص ، ك) : [متبرم] .

خلاف في كتب الفروع .

2347 - واعلم أن استثناء هاتين المسألتين يحوج [إلى ذكر] [1] الفرق بينهم وبين سائر المسائل ، أما الصرف فيمكن أن يقال : إنما [2] قال [فيه مالك] [3] بالتعيين فلضيق بابه ، وأمر الشرع بسرعة القبض [ناجزًا للتعيين] [4] وذلك مناسب للتضييق [5] ؛ لأن التعيين يحصل مقصود القبض ناجزًا بخلاف ما [6] إذا قلنا : إن الصرف إنما ورد على الذمة ، فاحتمل أن يكون هذا القبض مبرئًا لما في الذمة إن كان موافقًا ، وإن لا يكون فبالتعيين [7] يحصل الجزم بالقبض والتناجز ، وأما الكراء فيصعب الفرق بينه وبين غيره ، وغايته أن يقال فيه : إن الكراء يرد على المنافع المعدومة ، فلو كان النقدان لا يتعينان لكان الكراء أيضًا في الذمة ، فيشبه بيع الدين بالدين وهو حرام ، بخلاف جميع الأعيان فإنها تتعين ، غير أن هذا الفرق يشكل ، فإنه يجوز الكراء على الذمة تصريحًا ويعينه بعد ذلك فيطلب له فرق يليق به .

2348 - المسألة الثالثة : إذا جرى [8] غير النقدين مجراهما في المعاملة كالفلوس أو غيرها . قال سند : من أجرى الفلوس مجرى النقدين في تحريم الربا جعلها [9] كالنقدين ومنع البدل في الصرف إذا وجد بعضها رديئًا .

2349 - قال مالك في المدونة : إذا اشتريت فلوسًا بدراهم فوجدت بعد التفرق بعض الفلوس رديئًا استحق البدل للخلاف فيها ، وهذا على مذهبه أن الفلوس يكره الربا فيها من غير تحريم ، وفيها ثلاثة أقوال : التحريم ، والإباحة ، والكراهة .

2350 - والصورة الثانية المستثناة : من [10] المشخصات ما قاله ابن القاسم في المدونة : إذا كان لك دين [على أحد] [11] لا يجوز لك [12] أن تأخذ فيه سكنى دار أو خدمة عبد أو ثمرة يتأخر قبضها ، وإن عينت جميع ذلك وأجراه مجرى فسخ الدين في الدين لأجل صورة التأخير [13] في القبض ، وإن عين محل المعاوضة فمن هذا الوجه أشبه

---

(1) في (ص ، ك) : [لذكر] .
(2) في (ص ، ك) : [إن] .
(3) في (ص ، ك) : [مالك فيه] .
(4) ساقطة من (ص ، ك) .
(5) في (ص) : [للتعيين] وفي (ك) : [التعيين] .
(6) زيادة من (ص ، ك) .
(7) في (ص ، ك) : [فالتعيين] .
(8) في (ص) : [أجرى] .
(9) في (ص ، ك) : [جعلهما] .
(10) زيادة من (ص ، ك) .
(11) ساقطة من (ص ، ك) .
(12) زيادة من (ك) .
(13) في (ص ، ك) : [التأخر] .

الدين [1] .

2351 - وقال أشهب : يجوز ذلك لأجل التعيين ، والتعين [2] لا يكون إلا [3] في الذمة ، وما لا يكون في الذمة لا يكون دينًا فليس هاهنا فسخ الدين في الدين وهو أوجه .

2352 - القسم الثالث من التقسيم : لا هو معين مطلقًا ولا هو غير معين مطلقًا بل أخذ شبهًا من الطرفين ، وهو بيع الغائب على الصفة فمن [4] جهة أنه غير مرئي أشبه ما في الذمة ، ولذلك [5] قيل ضمانه من البائع ومن جهة أن العقد لم يقع على جنس بل على مشخص معين أشبه المعين من هذا الوجه ، ولذلك قيل ضمانه من المشتري .

2353 - قال القاضي عبد الوهاب : المبيع على [6] ثلاثة أقسام : سلم في الذمة ، وغائب على الصفة ، وحاضر معين . فهذه أقسام ما يتعين وما لا يتعين والفرق بينهما [مبسوط] [7] .

(1) قال ابن القاسم : لو أن رجلًا باع من رجل دينا له على رجل آخر بجارية تواضعاها للحيضة أو بسلعة غائبة لم يكن بذلك بأس لأن هذا لا ينقد في مثله وهذا لم ينقد شيئًا ، ولو أن رجلًا كان له على رجل دين فأخذ به منه سلعة غائبة ، قال لي مالك : لا يجوز ذلك ، وهو يجوز أن يبيع الرجل سلعة له غائبة بدين للمبتاع على رجل آخر ، وإنما فرق ما بين هذا أن الدين إذا كان على صاحبه لم يبرأ منه إلا بأمر يناجزه وإلا كان كل تأخير فيه من سلعة كانت غائبة أو كانت جارية يتواضعانها للحيضة يصير صاحب الدين يجر بذلك فيما أنظر وأخر في ثمن سلعته منفعة ، وإن كان الذي باع السلعة الغائبة بدين على رجل آخر أو باع ثمرًا قديدا صلاحه بدين على رجل آخر لم يجر إلى نفسه منفعة إلا بما فيه المناجزة إن أدركت السلعة قائمة كان البيع له ثابتًا ولم يكف يجوز له فيه النقد ، فيكون إنما أخر ذلك لمكانه والثمرة كذلك قد استنجزها منه وصار حق صاحب الثمرة في الدين الذي على الرجل الآخر ، قال : وهذا أصل قول مالك في هذه المسألة . انظر : المدونة الكبرى 191/3 .

(2) في (ص ، ك) : [المعين] .

(3) ساقطة من (ص ، ك) .

(4) في (ص) ، (ك) : [من] .

(5) في (ص) ، (ك) : [كذلك] .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) في (ص) ، (ك) : مبسوطًا .

الفرق التسعون والمائة

بين قاعدة ما يدخله ربا الفضل وبين قاعدة ما لا يدخله ربا الفضل

2354 - والضابط عندنا له هو الفرق بين القاعدتين الاقتيات والادخار في الجنس الواحد ، هذا هو مذهب مالك [ﷺ] [1] وقصره أرباب الظاهر على الأشياء الستة التي جاءت في الحديث قال رسول الله ﷺ في الصحيحين : « لا تبيعوا الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا مثلًا بمثل سواء بسواء يدا بيد وإذا اختلفت الأجناس [2] فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد » [3] .

2355 - فقالوا : يحرم ربا الفضل في هذه الستة لهذا الحديث ، ويجوز في غيرها لقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [البقرة : 275] والربا الزيادة ، وهذه زيادة .

2356 - وقال ابن عباس وجماعة من الصحابة ﷺ أجمعين كزيد بن أرقم [4] وغيره] [5] : لا يحرم ربا الفضل لقوله ﷺ : « إنما الربا في النسيئة » [6] وهذه صيغة حصر تقتضي انحصار الربا المحرم في النسيئة فلا يحرم الفضل .

2357 - وجوابهم : القول بالموجب لما [روي أنه ﷺ [7]] سئل عن مبادلة الذهب بالفضة والقمح بالشعير فقال : إنما الربا في النسيئة ، و [8] لا يحرم ما ذكرتم إلا أن يتأخر ، فسمع الراوي] [9] الجواب دون السؤال ، ولو [10] لم يثبت فالقاعدة في أصول الفقه أن

---

(1) ساقطة من (ص) ، (ك) . (2) في (ص ، ك) : [الأصناف] .

(3) أخرجه مسلم (المساقاة) (2970) ، الترمذي (البيوع) (1161) .

(4) هو زيد بن أرقم بن زيد بن قيس بن النعمان أبو عمرو ويقال : أبو سعد ، ويقال : أبو أنيسة ويقال غير ذلك . نزيل الكوفة من مشاهير الصحابة . شهد غزوة مؤتة وغيرها . وله عدة أحاديث . حدث عنه : عبد الرحمن بن أبي ليلى ، وطاووس وعطاء بن أبي رباح وغيرهم . وعن عروة قال : رد رسول الله ﷺ نفرًا يوم أحد استصغرهم ، منهم أسامة ، وابن عمر ، وزيد بن أرقم وزيد بن ثابت ، وجعلهم حرسًا للذرية . قال : خليفة بن خياط توفي (66 هـ) . طبقات ابن سعد (18/6) ، أسد الغابة 219/2 ، سير أعلام النبلاء 317/4 .

(5) في (ص ، ك) : [كزيد بن أرقم وغيره ﷺ أجمعين] .

(6) أخرجه مسلم (المساقاة) (2991) ، (2993) ، الترمذي (البيوع) (1162) ، النسائي (البيوع) (4505) ، ابن ماجه (التجارات) (2248) .

(7) في (ص) ، (ك) : [يروي أن رسول الله ﷺ] .

(8) ساقطة من (ص ، ك) . (9) زيادة من (ص ، ك) .

(10) ساقطة من (ص) ، (ك) .

العام في الأشخاص مطلق الأزمنة والأحوال والبقاع والمتعلقات [1] ، وهذا النص عام في إفراد الربا مطلق فيما يقع فيه فيحمل على اختلاف الجنس جمعًا بين الأدلة ، والمطلق إذا عمل به في صورة سقط الاستدلال به فيما عداها [2] .

2358 - وقال ابن سيرين [3] : الجنس الواحد هو الضابط والعلة في منع الربا ، فلا يجوز التفاضل في جنس على الإطلاق كان طعامًا أو غيره ؛ لذكره ﷺ أجناسًا لا تجمعها علة واحدة ، فلم تبق إلا الجنسية ، ولأن المعاوضة تقتضي المقالة ، وفي الجنس الواحد يكون الزائد لا مقابل له ، فلم يتحقق موجب العقد ، والقاعدة أن كل عقد لا يفيد مقصوده يبطل .

2359 - وجوابه ما في الصحيحين أن رسول الله ﷺ هاجر إليه عبد فاشتراه بعبدين من سيده ، ولقضائه [ﷺ] [4] على أشياء مختلفة الأسماء ، فلو كان المراد الجنسية لقال [ﷺ] [5] لا تبيعوا جنسًا واحد بجنسه إلا مثلًا بمثل ، لأنه اللائق بفصاحته ، ﷺ [6] والمعاوضة تتبع غرض المتعاقدين ، فقد يقصد جعل الجملة قبالة الجملة فلا يخرج شيء [عن المقابلة] [7] .

2360 - وقال ربيعة ﷺ [8] : الضابط لربا الفضل أن يكون مما تجب فيه الزكاة فلا يباع بعير ببعيرين [9] ويرد عليه ورود النص في الملح وليس بزكوي ، وخصصه الشافعي [رحمه الله] [10] بما يكال أو يوزن من الطعام و [11] الشراب من الجنس الواحد ؛ لأن ذلك مشترك بين الستة الواردة في الحديث ، والحكم المشترك تكون علته مشتركة [12] ورجع إلى أن [13] العلة الطعم في الجنس الواحد إن كان قوتا أو إداما أو فاكهة أو دواء الآدميين [14] دون ما تأكله البهائم ، فإن أكله الآدميون وغيرهم روعي الأغلب ، فإن لم يكن طعامًا للآدميين كالورد والرياحين ونوى التمر لم يدخله الربا ، لقوله [ﷺ] [15]

---

(1) في (ط) : [التعليقات] . (2) في (ط) : [عدا] .

(3) هو محمد بن سيرين الإمام شيخ الإسلام ، أبو بكر الأنصاري ، الأنسي البصري ، صاحب التعبير ، مولى أنس ابن مالك خادم رسول الله ﷺ . ولد في عهد عثمان بن عفان وكان إذا سئل عن الحلال والحرام تغير لونه حتى تقول كأنه ليس بالذى طاق ، سمع من : أبا هريرة ، وعمران بن حصين ، وابن عباس ، وغيرهم . وروى عنه : قتادة ، وأيوب ويونس بن عبيد وغيرهم . قال غير واحد : مات محمد : بعد الحسن البصري بمائة يوم ، سنة عشر ومائة . سير أعلام النبلاء 487/5 ، العبر 135/1 .

(4 ، 6) في (ص ، ك) : [ﷺ] .

(7) زيادة من (ص ، ك) . (8) ساقطة من (ك) .

(9) في (ط) : [ببعير] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .

(10) ساقطة من (ص ، ك) . (11) في (ص ، ك) : [أو] .

(12) ساقطة من (ك) . (13) زيادة من (ص ، ك) .

(14) في (ك) : [لآدميين] . (15) في (ط) : [ﷺ] .

« الطعام بالطعام مثلًا بمثل » [1] رتب منع التفاضل على اسم الطعام ، وترتيب الحكم على الوصف يقتضي عليه ذلك الوصف لذلك الحكم ، نحو ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ ﴾ [النور : 2] ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ ﴾ [المائدة : 38] وسيأتي جوابه .

2361 - وخصص [2] أبو حنيفة بما يكال أو يوزن من الجنس الواحد ولو كان ترابًا ؛ لأن المذكورات في الحديث الأطعمة مكيلات ، ولقوله [عليه الصلاة والسلام] [3] في بعض الطرق « و [كذا كل] [4] ما يكال أو يوزن » [5] .

2362 - قال سند في الطراز قال القاضي إسماعيل وجماعة : العلة كونه مقتاتا فيمتنع الربا في الملح والبيض دون الفواكه اليابسة ؛ لأنها لا تقتات قال [6] وهو جارٍ على ظاهر المذهب ، وعن مالك [رحمه الله] [7] الادخار مع الاقتيات ، فلا ربا في الفواكه اليابسة كاللوز والجوز ، ولا في البيض لأنه لا يدخر .

2363 - قال [8] وقال الباجي : و [9] هو أجرى [10] على المذهب .

2364 - وعن مالك في الموطأ : أن العلة الأكل والادخار مع اتحاد الجنس ، فيجري الربا في الفواكه اليابسة ، وعلى هذا [11] يختلف فيما يقل ادخاره كالخوخ والرمان فأجرى [12] ابن نافع [13] فيه الربا نظرًا لجنسه ، وأجازه مالك في الكتاب نظر للغالب ، وعلى هذه [14] المذاهب الثلاث فلا يجري الخلاف في التفاح والرمان والكمثرى والخوخ الرطبة [15] إنما الخلاف في يابسها ، ولأصحابنا في الملح ثلاثة مذاهب منهم من علله بالاقتيات وصلاح القوت فألحقوا [16] به التوابل ، وقيل بالأكل والادخار ، وقيل بكونه إداما فلا يلحق به الفلفل ونحوه .

(1) مسلم كتاب (المساقاة) (2982) .

(2) في (ص) : [وخصص] وفي (ك) : [خصصتها] .

(3) في (ص ، ك) : [عليه السلام] .

(4) في (ص ، ك) : [كذلك] .

(5) أخرجه الترمذي (البيوع) (1155) .

(6) زيادة من (ص ، ك) .

(7) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(8) ساقطة من (ك) .

(9) زيادة من (ص ، ك) .

(10) في (ص ، ك) : [إجراء] .

(11) في (ط) : [هذه] .

(12) في (ك) : [وأجرى] .

(13) هو عبد الله بن نافع بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ، يُعرف بعبد الله الأصغر ، وله أخ أكبر منه اسمه عبد الله يُعرف بالأكبر ، فقيه ثقة محدث ، سمع مالكًا وصحبه أربعين سنة ، وعبد الله بن محمد بن عروة . وروى عنه : ابنه محمد ، والزبير بن بكار ، ويعقوب بن شيبة وغيرهما ، وخرج عنه مسلم توفي سنة (216 هـ) . شجرة النور الزكية ص 56 .

(14) ساقطة من (ص ، ك) .

(15) في (ك) : [الرطب] .

(16) في (ص ، ك) : [فألحقا] .

2365 - و [1] قال أبو الطاهر : وعن عبد الملك التعليل بالمالية ، وقيل بالاقتيات والادخار مع كونه غالب العيش .

2366 - وفي الجواهر : المعول [2] عليه في المذهب مجموع الاقتيات والادخار .

2367 - وألزمنا الشافعية على تعليل الملح بإصلاح الأقوات جريان الربا في الإفاوية [3] والأحطاب والنيران لأنها مصلحة للأقوات .

2368 - وجوابه : أنا لا نقتصر على مطلق الإصلاح بل نقول هو مصلح وهذه ليست قوتا ، ونلتزم الربا في الإفاوية [4] ، فهذه اثنا عشر مذهبا منها عشرة في علة الربا : منع الربا مطلقا إلا في النساء ، منعه في النساء مع المنصوص عليه ، فهذان مذهبان لا تعليل فيهما ، والعشرة في التعليل هي تعليله بالجنس [5] تعليله بكونه زكويًا ، تعليله بكونه مكيلًا أو موزونًا تعليله بكونه مكيلًا ، تعليله بكونه مطعومًا ، تعليله بكونه مقتاتًا ، تعليله بكونه مقتاتًا مدخرًا تعليله بالأكل ، والادخار مع اتحاد الجنس تعليله بالمالية ، تعليله بالاقتيات والادخار مع الغلبة ، ومن الأصحاب من علل البر بالقوت غالبًا [6] والشعير بالقوت عند الضرورة ، والتمر بالتفكه غالبًا ، والملح [بإصلاح القوت] [7] ، فيحصل في المذهب قولان : هل العلة في الجميع واحدة أو متعددة ؟ .

2369 - واختلف الأصحاب أيضًا : هل اتحاد الجنس جزء علة للتوقف أو شرط في اعتبار العلة لعروه عن المناسبة وهو الصحيح ، [أم حجتنا] [8] على الفروق [9] كلها أنه [ﷺ] [10] جعل التحريم أصلًا في الحديث إلا ما استثناه من المماثلة ، وليس المراد المماثلة في الجنس لاختلاف صفاته فتعين المقدار ، وهذه الأربعة هي أقواتهم بالحجاز ، فالبر للرفاهية ، فلو اقتصر عليه لقيل : المراد قوت الرفاهية ، فذكر الشعير لينبه به [11] على قوت الشدة ، وذكر التمر لينبه به على المقتات من الحلاوات كالزبيب والعسل والسكر ، وذكر الملح لينبه به على مصلح [12] الأقوات ، واشتركت كلها في الاقتيات والادخار والطعم وهي صفات شرف يناسب أن لا

---

(1) ساقطة من (ص ، ك) .
(2) في (ط) : [المعلول] والصواب ما أثبتناه .
(3 ، 4) في (ك) : [الأفاوي] .
(5) في (ص) : [في الجنس] .
(6) ساقطة من (ك) .
(7) في (ص ، ك) : [بصلاح الأقوات] .
(8) في (ص ، ك) : [أم] .
(9) في (ط) : [الفرق] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(10) في (ص) : [عليه السلام] .
(11) في (ص) ، (ك) : [عليه] .
(12) في (ص ، ك) : [مصلحات] .

يبدل الكثير من موصوفها بالقليل [1] منه صونا للشريف عن الغبن ، فيذهب الزائد هدرًا ، ولأن الشرف يقتضي كثرة الشروط وتمييزه عن الخسيس كتميز النكاح عن ملك اليمين بالشروط كالولي والشهود والصداق والإعلان ، وكذلك الملوك لا تكثر الحراس إلا على الخزائن النفيسة فكلما عظم شرف الشيء عظم خطره عقلًا وشرعًا وعادةً ، وجاز التفاضل في الجنسين وإهدار [2] الزائد لمكان الحاجة في تحصيل المفقود [3] ، وامتنع النساء إظهارًا لشرف الطعام ، فيكون للطعام مزية على غيره ، وللمقتات منه شرف على غير المقتات لعظم مصلحته في نوع الإنسان وغيره من الحيوان ، وهو سبب بقاء الأبنية الشريفة [4] لطاعة الله تعالى [5] مع طول الأزمان ، فناسب جميع [6] ذلك الصون عن الضياع بأن لا يبدل كثيرها بقليلها [7] فيضع الزائد أيضا [8] من غير عوض ، وهذا أيضًا سبب تحريم الربا في النقدين لأنهما [9] رؤوس الأموال ، وقيم المتلفات شرفا بذلك عن تضييع [10] الكثير في القليل ، فيضيع الزائد ، فشدد فيهما ، فشرط التساوي [والحضور] [11] والتناجز في القبض ، وتعليل أبي حنيفة بالكيل طردي فيقدم عليه المناسب ، وتعليل الشافعي ﷺ [12] بالطعم [13] داخل فيما ذكرناه ، فهو مهمل لبعض المناسب بخلافنا ، بل أهمل أفضل الأوصاف وهو الاقتيات ، ولم يعتبره إلا مالكا ﷺ [14] وهذه القاعدة تعرف بتخريج [15] المناط وهي : أن [16] الحكم [17] إذا ورد مقرونا بأوصاف فإن [18] كانت كلها مناسبة كان الجميع علة ، أو بعضها كان علة واحدة ، فأسعد الناس أرجحهم تخريجًا وعلة مالك أرجح لسبعة [19] أوجه :

2370 - أحدهما : أنها صفة ثابتة ، والكيل عارض ، وأنها صفة مختصة ، والكيل [20] وغيره غير مختص ، وأنها المقصودة عادة من هذه الأعيان ، وغيرها ليس كذلك ، وأنها جامعة للأوصاف المناسبة كلها ، وأنها سابقة على الحكم ، والكيل لاحق مخلص من

---

(1) في (ص ، ك) : [في القليل] .

(2) في (ك) : [واعدار] .

(3) في (ك) : [العقود] .

(4) ساقطة من (ك) .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) في (ك) : [جمع] .

(7) في (ص ، ك) : [بقليلها] .

(8) ساقطة من (ص ، ك) .

(9) في (ص) ، (ك) : [لأنها] .

(10) في (ط) : [بذل] .

(11) ساقطة من (ص ، ك) .

(12) زيادة من (ص) .

(13 ، 14) ساقطة من (ك) .

(15) في (ك) : [بترجيح] .

(16) ساقطة من (ك) .

(17) في (ص) : [وارد] وفي (ك) : [كان] .

(18) في (ص ، ك) : [إن] .

(19) في (ك) : [لتسعة] .

(20) في (ص ، ك) : [والطعم] .

الربا كالقبض ؛ لأنه علته ، وأنها جامعة للقليل والكثير كما في النقدين ، والكيل يمتنع في التمرة والتمرتين ونحوهما ، وأنها تختص بحالة الربا دون حالة كون الحبوب حشيشًا ابتداء ورمادًا انتهاء ، والكيل غير مختص .

2371 - **تنبيه** : القياس في الربويات اختلف فيه : هل هو قياس شبه أو قياس علة ؟ فقياس العلة يكون الجامع فيه [وصفًا مناسبًا] [1] كالإسكار بين الخمر والنبيذ ، فإن فساد العقل مناسب للتحريم لعظم المفسدة فيه ، وقياس الشبه إما في شبه الحكم كقياس الوضوء على التيمم في وجوب النية لأنهما [2] طهارتان ، والطهارة حكم شرعي ، أو الشبه في الصورة كقياس الخل على الدهن في منع إزالة النجاسة به ، أوفي المقاصد كقياس الأرز على البر بجامع اتحادهما في المقصود منهما عادة وإن لم نطلع على أن ذلك المقصد يناسب منع الربا .

2372 - فإن ضابط المناسب ما يتوقع من ترتيب الحكم عليه حصول مصلحة [3] أو درء مفسدة كترتيب تحريم الخمر على الإسكار لدرء مفسدة ذهاب العقل ، وإيجاب القصاص لتحصيل مصلحة حفظ النفوس [4] فهل المناسبة حاصلة من كون هذه الأعيان شريفة بالقوت أو رؤوس الأموال وقيم المتلفات فناسب أن لا يبدل واحد منها باثنين [5] ويناسب [6] أيضًا تكثير الشروط كما تقدم بيانه ، أو يقال هذا شبه والأظهر أنه من باب قياس العلة لا من باب قياس الشبه .

2373 - **تنبيه** : قال ابن رشد في كتاب القواعد : الذين قصروا الربا على الشبه [7] إما [منكروا القياس] [8] وهم [9] الظاهرية أو منكروا [10] قياس الشبه خاصة ، وإن القياس في هذا الباب شبه فلم يقولوا به وهو القاضي أبو بكر الباقلاني فلا جرم ، لم يلحق بما ذكر في الحديث إلا الزبيب فقط ؛ لأنه من باب لا فارق وهو قياس المعنى ، وهو غير قياس الشبه ، وقياس العلة لأنه مثل إلحاق الذكور بالإناث من الرقيق في تشطير الحدود ؛

---

(1) في (ص) ، (ك) : [وصف ومناسب] . (2) في (ص ، ك) : [لأنها] .
(3) ساقطة من (ص ، ك) . (4) في (ص ، ك) : [النفوس] .
(5) في (ك) ، (ص) : [في اثنين] . (6) في (ك) : [وناسبه] .
(7) في (ط) : [الستة] والصواب ما أثبتناه من (ص ، ك) .
(8) في (ك) : [منكرون للقياس] . (9) في (ص) : [فهم] .
(10) في (ك) : [منكرون] ، وفي (ط) : [منكر] .

لأن قوله تعالى : ﴿ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ﴾ [النساء : 25] لم يتناول الذكور ، فألحقوا بهن لعدم الفارق خاصة لا لحصول الجامع ، وكذلك [1] ألحق [2] بالعبد الأمة في التقويم في العتق ، لقوله [عليه السلام] [3] « من أعتق شركاء له في عبد فلحق به الأمة » [4] لأنه لا فارق بينهما ، فهذا نوع آخر غير نوع [5] قياس الشبه وقياس المعنى لم يجزه القاضي أبو بكر إلا بين التمر والزبيب دون بقية الستة ، فهذا تلخيص الفرق بين قاعدة ما فيه الربا وقاعدة [6] مالا ربا فيه ، وحكاية المذاهب في ذلك ، ومداركها ليحصل الاطلاع على جميع ذلك .

---

(1) في (ص ، ك) : [ولذلك] .

(2) في (ص) : [لحق] .

(3) في (ط) : [ﷺ] .

(4) أخرجه البخاري كتاب (الشركة) (2321) ، مسلم كتاب (العتق) (2758) ، الترمذي كتاب (الأحكام) (1267) ، النسائي (البيوع) (4629) ، أحمد (4406) .

(5) ساقطة من (ط) .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

الفرق الحادي والتسعون والمائة

بين قاعدة اتحاد الجنس وتعدده في باب ربا الفضل فإنه يجوز مع تعدده

2374 - اعلم أن الله تعالى جعل الدنيا مزرعة للآخرة ، ومطية للسعادة الأبدية ، فهذا هو المقصود منها و ما عداه فمعزول عن مقصد الشارع في الشرائع ، فلذلك يعتبر في نظر الشرع من الربويات ما هو عماد الأقوات [1] وحافظ قانون [2] الحياة ، ومقيم بنية الأشباح التي هي مراكب [3] الأرواح إلى دار القرار ، ويلغى تفاوت الجودة والرداءة ؛ لأنه داعية السرف ، ولا يقصد إلا للترف [4] فلو رتب الشرع عليه أحكامه لكان ذلك دليل اعتباره ، ومنها [5] على رفعة [6] قدره ومناره ، وهو خلاف الوضع الشرعي والقانون الحكمي ، فلذلك تساوت الألوان من الأطعمة في الجنسية لأن مهمها الإدام ، وتساوت الأخباز لأن مهمها [7] الاغتذاء ، وعلى هذه القاعدة بنى العلماء ﷺ اتحاد الأجناس واختلافها ، وإن كثرت فروع هذا [8] الباب وانتشرت فهي راجعة إلى هذه القاعدة ، ومنها قاعدة أخرى في الفرق .

2375 - قال أبو الطاهر : الصفة إذا كثرت أو بعد الزمان صيرت الجنس الواحد جنسين ، وإن قلت وقرب الزمان لم تصيره على أصل المذهب ، وإن كانت بنار وتنقص المقدار بغير إضافة شيء لم تصيره جنسين كشي اللحم وتجفيفه وطبخه من غير مرقة ، ومنه تجفيف التمر والزبيب ، أو بإضافة شيء إليه صيرته جنسين ، وكتجفيف [9] اللحم بالإبزار والطبخ بالمرقة ، وإن كانت النار لا تنقص المقدار صيرته جنسين كقلي القمح والخبز ، وإن كانت الصناعة بغير نار وطال الزمان فقولان المشهور تأثيرها كخل التمر وخل الزبيب ، وإن لم يطل الزمان فالمشهور عدم التأثير ، والشاذ التأثير كالنبيذ [10] من التمر والزبيب ، والنظر في ذلك كله إلى الأغراض في التفاوت في المقاصد والتقارب فيها .

(1) في (ك) : [للأقوات] .
(2) ساقطة من (ك) .
(3) في (ص) ، (ك) : [مركب] .
(4) في (ك) : [الترف] .
(5) في (ط) ، (ك) : [ومنها] .
(6) في (ص ، ك) : [علو] .
(7) في (ك) : [مهما] .
(8) في (ط) : [هذه] والصواب ما أثبتناه من (ص) ، (ك) .
(9) في (ص) ، (ك) : [وتجفيف] .
(10) في (ط) : [النبيذين] .

الفرق الثاني والتسعون والمائة

بين قاعدة ما يعد تماثلا شرعيًا (1)

في الجنس الواحد وما لا يعد تماثلًا (2)

2376 - الضابط في المماثلة في الحبوب الجافة ما اعتبره صاحب الشرع من كيل أو وزن كما جاء في الحديث : « البر بصيغة الكيل في البيع وفي الزكاة بالأوسق (3) » (4) وصرح في النقدين بالوزن لقوله ﷺ : « ليس فيما دون خمسة أواق (5) من الفضة صدقة (6) » .

2377 - وما (7) ليس فيه (8) معيار شرعي اعتبرت فيه العادة العامة هل هو (9) يكال أو يوزن ؟ فإن اختلفت العوائد فعادة البلد ، فإن جرت العادة بالوجهين خير فيهما .

2378 - ووافقنا أبو حنيفة ﷺ والشافعي [ﷺ] (10) ما كان يكال أو يوزن بالحجاز اعتبر بتلك الحالة لقوله ﷺ : « المكيال مكيال أهل (11) المدينة والوزن وزن أهل مكة » (12) فذكر أحد البلدين تنبيهًا على الآخر ليرد البلاد إليهما ، وما تعذر كيله اعتبر فيه الوزن ، وإن أمكن الوجهان ألحق بمشابهه في الحجاز كجزاء الصيد ؛ فإن شابه أمرين نظر إلى الأغلب ، فإن استويا قيل يغلب الوزن لأنه أحصر .

2379 - وقيل : يجوز الوجهان نظرًا للتساوي .

---

(1) في (ص) ، (ك) : [شرعًا] .

(2) زيادة من (ص) ، (ك) .

(3) في (ص) : [بالأسق] .

(4) أخرجه البخاري كتاب (الزكاة) (1317) ، مسلم (زكاة) (1629) ، الترمذي (زكاة) (568) ، النسائي (زكاة) (2403) ، أبو داود (زكاة) (1332) ، ابن ماجة (زكاة) (1784) ، الموطأ (زكاة) (514) ساقطة من (ك) .

(5) في (ص) : [بالأسق] .

(6) أخرجه النسائي في « السنن الكبرى » كتاب الزكاة باب زكاة الورق (18/2) رقم (2251/1 ، 2253/2) عن أبي سعيد الخدري ﷺ بلفظ « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » وعبد الرازق في المصنف رقم (7252) والحميدي في « المسند 735 » .

(7) ساقطة من (ك) .

(8) في (ك (: [فيها] .

(9) زيادة من (ص) ، (ك) .

(10) في (ص) ، (ك) : [ﷺ] .

(11) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(12) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » 170/4 ، والطبراني في « المعجم الكبير » 393/12 ، وابن حجر في تلخيص الحبير 175/2 .

2380 - وقيل : يمتنع بيعه لتعذر الترجيح ، هذا مذهب الشافعي ﷺ .

2381 - لنا أن لفظ الشرع يحمل على عرفه ، فإن تعذر حكمت فيه العوائد كالإيمان والوصايا وغيرها ، فهذا تلخيص الفرق ، وباعتباره يظهر بطلان قول من جوز بيع القمح بالدقيق وزنًا ، فإن عادة القمح الكيل ، فاعتبار التماثل فيه بالوزن غير معتبر ، بل ذلك سبب الربا ، فإن القمح الرزين يقل كيله ويكثر وزنه ، والخفيف بالعكس ، وقس على هذه القاعدة بقية فروعها ولا تخرج عنها .

الفرق الثالث والتسعون والمائة

بين قاعدة المجهول وبين قاعدة الغرر

2382 - اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين فيستعملون إحداهما [1] موضع الأخرى ، وأصل الغرر هو الذي لا يدرى هل يحصل أم لا ؟ كالطير في الهواء ، و [2] السمك في الماء .

2383 - وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول ، كبيعه ما في كمه فهو يحصل قطعًا لكن لا يدرى أي شيء هو ، فالغرر [3] والمجهول كل واحد منهما أعم من الأخر من وجه وأخص من وجه ، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه ، أما وجود الغرر بدون الجهالة فكشراء [4] العبد الآبق المعلوم قبل الإباق [فهذا معلوم قبل الإباق] [5] لا جهالة فيه وهو غرر ؛ لأنه لا يدري هل يحصل أم لا ؟.

والجهالة [6] بدون الغرر كشراء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت ، مشاهدته تقتضي القطع بحصوله فلا غرر ، وعدم معرفته تقتضي الجهالة به .

2384 - وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق ، ثم الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء : في الوجود كالآبق [قبل الإباق] [7] والحصول و [8] إن علم الوجود كالطير في الهواء ، وفي الجنس كسلعة لم يسمها ، وفي النوع كعبد لم يسمه ، وفي المقدار كالبيع [9] إلى مبلغ رمي الحصاة ، وفي التعيين كثوب من ثوبين مختلفين ، وفي البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها ، فهذه سبعة موارد للغرر والجهالة .

2385 - ثم الغرر و [10] الجهالة ثلاثة أقسام : كثير [11] ممتنع إجماعًا كالطير في الهواء ، وقليل جائز إجماعًا كأساس الدار وقطن الجبة ، ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو الثاني ، فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير ، ولانخفاضه [12] عن الكثير الحق بالقليل ، وهذا هو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر والجهالة .

---

(1) في (ص) ، (ك) : [إحداهما] .
(2) في (ك) : [أو] .
(3) في (ص ، (ك) : [الغرر] .
(4) في (ص) ، (ك) : [فشراء] .
(5) زيادة من (ص) ، (ك) .
(6) في (ط) : [الحالة] والصواب ما أثبتناه .
(7) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(8) زيادة من (ص) ، (ك) .
(9) في (ط) : [كالمبيع] .
(10) في (ص) ، (ك) : [أو] .
(11) ساقطة من (ك) .
(12) في (ط) : [والانحطاطة] .

2386 - فائدة : أصل الغرر لغة قال القاضي عياض رَحِمَهُ ٱللَّهُ : هو ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه ، ولذلك سميت الدنيا متاع الغرور ، قال : وقد [1] يكون من الغرارة ، وهي الخديعة ومنه الرجل الغِر بكسر الغين للخداع ، ويقال للمخدوع أيضا ، ومنه قوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ : « المؤمن غر كريم » [2] .

(1) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(2) أخرجه الترمذي كتاب (البر والصلة) (1887) ، كتاب الأدب (4158) .

الفرق الرابع والتسعون والمائة

بين قاعدة ما يسد من الذرائع وبين قاعدة ما لا يسد منها (1)

2387 - اعلم أن الذريعة هي الوسيلة للشيء ، وهي ثلاثة أقسام : منها ما أجمع الناس على سده ، ومنها ما أجمعوا على عدم سده ، ومنها ما اختلفوا فيه .

2388 - فالمجمع على عدم سده كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر ، والتجاور في البيوت [خشية الزنا] (2) فلم يمنع شيء من ذلك ، ولو (3) كان وسيلة للمحرم .

2389 - وما أجمع على سده كالمنع من سب (4) الأصنام عند من يعلم منه (5) أنه يسب الله تعالى حينئذ ، وكحفر الآبار في طرق المسلمين إذا علم وقوعهم فيها أو ظن ، وإلقاء السم في أطعمتهم إذا علم أو ظن أنهم يأكلونها فيهلكون ، والمختلف فيه كالنظر [إلى المرأة] (6) لأنه ذريعة للزنا بها ، وكذلك الحديث معها ، ومنها بيوع الآجال عند مالك رحمه الله ويُحكى عن المذهب المالكي اختصاصه بسد الذرائع وليس كذلك ، بل منها ما أجمع عليه كما تقدم ، وحينئذ يظهر عدم فائدة استدلال الأصحاب على الشافعية في سد الذرائع بقوله (7) تعالى : ﴿ وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾ [الأنعام : 108] ، وبقوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ ٱلَّذِينَ ٱعْتَدَوْا۟ مِنكُمْ فِى ٱلسَّبْتِ ﴾ [البقرة : 65] فذمهم (8) لكونهم تذرعوا للصيد يوم السبت المحرم عليهم بحبس الصيد يوم الجمعة ، وبقوله ﷺ : « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها » (9) ، وبإجماع الأمة على جواز البيع والسلف (10) مفترقين وتحريمهما مجتمعين لذريعة الربا ، ولقوله (11) ﷺ : « لا يقبل الله شهادة خصم ولا ظنين » (12) خشية الشهادة بالباطل ، ومنع شهادة الآباء للأبناء والعكس (13) ، فهذه

(1) في (ط) : [منهما] والصواب ما أثبتناه من (ص) ، (ك) .
(2) ساقطة من (ك) ، وفي (ص) : [لأجل الزنا] .
(3) في (ص) ، (ك) : [إن] .
(4) في (ط) : [سبب] .
(5) زيادة من (ك) .
(6) في (ص) ، (ك) : [للمرأة] .
(7) في (ك) : [في قوله] .
(8) في (ك) : [فقدمهم] .
(9) أخرجه : البخاري كتاب (البيوع) (2082) ، وكتاب (المغازي) (3958) ، مسلم كتاب (المساقاة) .
(10) في (ك) : [السلب] .
(11) في (ص) ، (ك) : [وبقوله] .
(12) أخرجه ابن حجر في « تلخيص الحبير » 203/4 بلفظ « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » .
(13) ساقطة من (ص) ، (ك) .

وجوه كثيرة يستدلون بها وهي لا تفيد ، [فإنها تدل] [1] على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة ، وهذا مجمع عليه ، وإنما النزاع في الذرائع [2] خاصة وهي بيوع الآجال ونحوها ، فينبغي أن تذكر أدلة خاصة لمحل [3] النزاع [4] وإلا فهذه لا تفيد ، وإن قصدوا القياس على هذه الذرائع المجمع عليها فينبغي أن تكون حجتهم القياس خاصة ، ويتعين حينئذ عليهم إبداء الجامع حتى يتعرض الخصم لدفعه بالفارق ، ويكون دليلهم شيئًا واحدًا وهو القياس ، وهم لا يعتقدون أن مدركهم هذه النصوص [5] وليس كذلك ، فتأمل ذلك ، بل يتعين [6] أن يذكروا نصوصًا أخر [7] خاصة بذرائع بيوع الآجال خاصة ، ويقتصرون عليها نحو ما في الموطأ أن أم ولد [8] زيد بن أرقم قالت لعائشة رضي الله عنها يا أم المؤمنين إني بعت من زيد بن أرقم عبدًا بثمانمائة درهم إلى العطاء واشتريته بستمائة نقدًا ، فقالت عائشة رضي الله عنها بئس ما شريت وبئس ما اشتريتِ أخبري زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب ، قالت : أرأيتني إن أخذته برأس مالي فقالت عائشة رضي الله عنها : ﴿ فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ [وَأَمۡرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۖ] [9] ﴾ [البقرة : 275] [فهذه هي] [10] صورة النزاع ، وهذا التغليظ العظيم لا تقوله رضي الله عنها إلا عن توقيف [11] ، فتكون هذه الذرائع واجبة السد وهو المقصود .

2390 - سؤال : زيد ابن أرقم من خيار الصحابة ، والصحابة رضي الله عنهم [12] كلهم عدول ، سادة أتقياء ، فكيف يليق به فعل ما يقال فيه ذلك ؟

2391 - جوابه : قال صاحب المقدمات أبو الوليد بن رشد : هذه المبايعة كانت بين أم ولد زيد بن أرقم ومولاها قبل العتق فيتخرج قول عائشة رضي الله عنها على تحريم الربا بين السيد وعبده [مع القول بتحريم هذه الذرائع ، ولعل زيد بن أرقم لا يعتقد تحريم الربا بين السيد وعبده] [13] قال : لا يحل لمسلم أن يعتقد في زيد أنه وطأ أم ولده على شراء الذهب بالذهب متفاضلا إلى أجل .

2392 - سؤال : إذا قلنا بالتحريم على رأي عائشة رضي الله عنها فما معنى إحباط الجهاد وإحباط الأعمال لا يكون إلا بالشرك ؟ .

---

(1) في (ك) : [وإنها تدرك] .
(2) في (ص) ، (ك) : [ذرائع] .
(3) في (ص) ، (ك) : [بمحل] .
(4) ساقطة من (ك) .
(5) في (ص) ، (ك) : [النصوص هذه] .
(6) في (ط) : [ينبغي] .
(7) في (ص) [أخرى] وهي ساقطة من (ك) .
(8 ، 9) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(10) في (ص) ، (ك) : [فهذا هو] .
(11) في (ك) : [توقيت] .
(12) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(13) ساقطة من (ك) .

2393 - جوابه : أن الإحباط إحباطان إحباط إسقاط وهو إحباط الكفر للأعمال الصالحة فلا يفيد شيء منها معه ، وإحباط موازنة وهو وزن العمل الصالح بالسيء ، فإن رجح السيء فأمه هاوية ، أو [1] الصالح فهو في عيشة راضية كلاهما [2] معتبر ، غير أنه يعتبر أحدهما بالآخر ، ومع الكفر لا عبرة البتة ، فالإحباط في الأثر إحباط موازنة ، بقي كيف يحبط هذا الفعل [3] جملة ثواب الجهاد ؟ .

2394 - [قلت : له] [4] معنيان :

2395 - أحدهما : أن المراد المبالغة في الأفكار لا التحقيق .

2396 - وثانيها : أن مجموع الثواب المتحصل من الجهاد ليس باقيًا بعد هذه السببية [5] بل بعضه ، فيكون الإحباط في المجموع من حيث هو مجموع ، وظاهر الإحباط والتوبة أنه [6] معصية إما يترك [التعلم لحال هذا] [7] العقد قبل القدوم عليه لأنه اجتهد فيه ، ورأت أن اجتهاده مما يجب نقضه وعدم إقراره ، فلا يكون حجة له ، أو هو ممن يُقتدى به فخشيت أن يقتدي به الناس فينفتح [8] باب الربا بسببه ، فيكون ذلك في صحيفته فيعظم الإحباط في حقه ، ومن هذا الباب في الإحباط قوله ﷺ « من ترك صلاة العصر فقد حبط عمله » [9] أي بالموازنة ، ووافقنا أبو حنيفة وابن حنبل [ﷺ] [10] في سد ذرائع بيوع الآجال التي هي صورة النزاع وإن خالفنا في تفصيل بعضها .

2397 - وقال أبو حنيفة : يمتنع بيع السلعة من أبي [11] البائع بما تمتنع به من البائع .

2398 - وخالفنا الشافعي [ﷺ] [12] واحتج بقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ [وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ] [13] ﴾ [البقرة : 275] وبما جاء [14] في الصحيح أن رسول الله ﷺ « أتي بتمر جنيب فقال : أتمر خيبر كله هكذا ؟ فقالوا : إنا نبتاع الصاع بالصاعين من تمر الجمع ،

---

(1) في (ص) : [و] .
(2) في (ص) ، (ك) : [فكلاهما] .
(3) في (ص) ، (ك) : [العقد] .
(4) في (ص) ، (ك) : [وله] .
(5) في (ص) ، (ك) : [السنة] .
(6) في (ص) ، (ك) : [أنها] .
(7) في (ص) : [التعلم بحال هذا] وفي (ك) : [التعليم بحال هذه] .
(8) في (ص) ، (ك) : [فيستبيح] .
(9) أخرجه البخاري كتاب (مواقيت الصلاة) (520) ، (559) ، النسائي كتاب (الصلاة) (470) ، وكتاب (البيوع) (2050) ، (والوكالة) (2138) ، (المغازي) (3916) .
(10) زيادة من (ص) ، (ك) .
(11) في (ط) : [أب] .
(12) في (ص) ، (ك) : [ﷺ] .
(13 ، 14) ساقطة من (ص) ، (ك) .

فقال ﷺ : لا تفعلوا هذا ولكن بيعوا تمر الجمع بالدراهم واشتروا بالدراهم جنيبًا » [1] [فهو بيع] [2] صاع بصاعين ، وإنما توسط بينهما عقد الدراهم فأبيح .

2399 - والجواب عن الأول : إن ما ذكرناه خاص وما ذكرتموه عام ، والخاص مقدم على العام على ما تقرر في علم الأصول .

2400 - وعن الثاني أنا إنما [3] نمنع [4] أن يكون العقد الثاني من البائع الأول وليس ذلك مذكورًا [5] في الخبر مع أن بيع النقد إذا تقابضا فيه ضعفت التهمة ، وإنما المنع حيث تقوى ، واحتج أيضًا بأن العقد المقتضي [6] للفساد لا يكون فاسدًا إذا صحت أركانه كبيع السيف من قاطع الطريق ، والعنب من الخمار ، مع أن الفساد في قطع الطريق أعظم من سلف جر [7] نفعًا لما فيه من ذهاب النفوس والأموال .

2401 - وجوابه : أن الفساد ليس مقصودًا للعقد بالذات [8] بخلاف عقود صور [9] النزاع فإن تلك الأعراض الفاسدة هي الباعثة على العقد لأنه المحصل لها والبيع ليس محصلًا لقطع الطريق وعمل الخمر .

2402 - تنبيه : قال اللخمي : اختلف في وجه المنع في بيوع الآجال .

2403 - قال [10] أبو الفرج : لأنها أكثر معاملات أهل الربا ، وقال ابن مسلمة : بل سدًّا لذرائع الربا ، فعلى الأول من علم من عادته تعمد الفساد حمل عقده عليه وإلا أمضى ، فإن اختلفت العادة منع الجميع ، وإن كان من أهل الدين والفضل [11] ، وعليه يحمل قول عائشة رضي الله عنها فإن زيدًا من أبعد الناس عن قصد الربا .

2404 - قال في الجواهر : وضابط هذا الباب أن المتعاقدين [إن كانا] [12] يقصدان إظهار ما يجوز ليتوصلا به إلى ما لا [13] يجوز ، فيفسخ العقد إذا كثر القصد إليه اتفاقًا

(1) أخرجه البخاري كتاب (البيوع) (2050) ، (الوكالة) (2138) ، (المغازي) (3916) ، (الاعتصام بالكتاب والسنة) (6804) ، مسلم كتاب (المساقاة) (2983) ، (2984) .
(2) في (ص) : [فهذا بيع] ، وفي (ك) : [فهذا يقع] .
(3) في (ك) : [إلا] .
(4) في (ط) : [أتمنع] والصواب ما أثبتناه .
(5) في (ك) : [مذكور] .
(6) في (ص) ، (ك) : [المقضي] .
(7) في (ص) ، (ك) : [يجر] .
(8) في (ص) : [للعقد بالذات] وفي (ك) : [للعقد للذات] .
(9) في (ص) ، (ك) : [صورة] .
(10) زيادة من (ص) ، (ك) .
(11) في (ك) : [الفعل] .
(12، 13) زيادة من (ص ، ك) .

من المذهب ، كبيع وسلف جر نفعًا ، فإن بعدت التهمة بعض البعد وأمكن القصد إليه كدفع الأكثر مما فيه ضمان وأخذ الأقل منه إلى أجل فقولان مشهوران ، فأما مع ظهور ما يبرئ من التهمة لكن فيه صورة المتهم عليه كما لو تصور العين بالعين غير يد بيد ، وتظهر البراءة بتعجيل الأكثر فجائز لانتفاء التهمة . وقيل : يمتنع حماية للذريعة [1] ، والأصل أن ينظر ما خرج من اليد وما خرج إليها ، فإن جاز التعامل به صح وإلا فلا ، ولا [2] نعتبر أقوالهما بل أفعالهما فقط ، فهذا هو [3] تلخيص الفرق بين الذرائع التي يجب سدها والذرائع التي لا يجب سدها ، والخلاف فيه والوفاق والمدرك في ذلك .

---

(1) في (ص) ، (ك) : [الذريعة] .
(2) ساقطة من (ك) .
(3) ساقطة من (ص) ، (ك) .

الفرق الخامس والتسعون والمائة

بين قاعدة الفسخ وبين قاعدة الانفساخ

2405 - فالفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه ، والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه .

2406 - فالأول فعل المتعاقدين أو الحاكم [1] إذا ظفروا بالعقود المحرمة .

2407 - والثاني صفة العوضين ، فالأول [2] سبب شرعي والثاني حكم شرعي .

2408 - فهذان فرقان [3] فالأول من جهة الموصوفات ، والثاني من جهة الأسباب والمسببات ، وبتحرير هذا الفرق رددنا على أبي حنيفة ﷺ في جعل الخلع فسخًا لعدم تعيين انقلاب الصداق لباذله ، بل يجوز بغير الصداق إجماعًا ، فحقيقة الفسخ منتفية .

---

(1) في (ص) ، (ك) : [الحكام] . (2) في (ص) ، (ك) : [والأول] .

(3) في (ط) : [فرعان] والصواب ما أثبتناه من (ص) ، (ك) .

الفرق السادس والتسعون والمائة

بين قاعدة خيار المجلس وبين قاعدة خيار الشرط

2409 - فخيار [1] المجلس عند من قال به هو من خواص عقد البيع وما في معناه من غير شرط ، بل هو من اللزوم وخيار الشرط عارض يحصل [2] عند اشتراطه ، وينتفي عند انتفاء الاشتراط .

2410 - واعلم أن الأصل في العقود اللزوم ؛ لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان ، والأصل ترتب المسببات على أسبابها ، وخيار المجلس عندنا باطل والبيع لازم بمجرد العقد تفرقا أم لا ، وقاله أبو حنيفة ﷺ [3] .

2411 - وقال الشافعي وابن حنبل ﷺ بعدم لزوم العقد وخيار المجلس حتى يتفرقا أو يختار الإمضاء ، وحكاه أبو الطاهر عن ابن حبيب منا ، وكذلك الإجارة ، والصرف ، والسلم ، والصلح ، على غير جنس الحق [لأنه بيع ، على جنس الحق] [4] هو حطيطة لا بيع ، وكذلك القسمة بناء على أنها بيع ، واعتمد مالك وأبو حنيفة على الأصل المتقدم أن الأصل في العقود اللزوم لذوي الحاجات من الأعواض ، فإن العقد لا يقع إلا لحاجة ولا تندفع الحاجة إلا بالتخيير واللزوم [5] ، واحتج الشافعي ومن وافقه بما في البخاري وغيره قال ﷺ [6] « المتعاقدان بالخيار ما لم يتفرقا إلا ببيع الخيار أو يقول أحدهما للآخر اختر » [7] .

2412 - ولنا عنه عشرة أجوبة :

2413 - **الأول** : [حمل المتبايعين] [8] على المتشاغلين بالبيع مجازًا يدل عليه ما سيأتي من الأدلة ، ويكون الافتراق بالأقوال .

2414 - **الثاني** : أن أحد المجازين لازم في الحديث ؛ لأنا إن حملنا المتبايعين على حالة

(1 - 5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) في (ط) : [ﷺ] .

(7) أخرجه : البخاري كتاب (البيوع) (1937) ، ومسلم كتاب (البيوع) (2825) ، والترمذي كتاب (البيوع) (1166) ، والنسائي (البيوع) (4404) ، وأبو داود (البيوع) (2998) ، ابن ماجه (التجارات) (2173) ، الدارمي (البيوع) (2435) ، والحديث بلفظ البيعان .

(8) في (ص) ، (ك) : [يحمل المتبايعان] .

المبايعة كان حقيقة ، لأن اسم الفاعل لا يصدق حقيقة إلا حالة الملابسة ، ويكون المجاز في الافتراق ، فإن أصله في الأجسام نحو افتراق الخشبة وفرق البحر ، ويستعمل مجازًا في الأقوال نحو قوله تعالى : ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ [النساء : 130] وقوله [ﷺ] [1] « افترقت بنو إسرائيل [على اثنتين وسبعين فرقة] [2] وستفترق أمتي [3] » أي بالأقوال والاعتقادات ، وإن حملنا المتبايعين على من تقدم منه البيع كان مجازا ، كتسمية الخبز برًّا و [[4] الإنسان نطفة ، ثم يكون الافتراق في الأجسام حقيقة ، ثم في هذا المقام يمكننا الاقتصار على هذا الفرق [5] ، ونقول ليس أحدهما أولى من الآخر ، فيكون الحديث مجملًا فيسقط به الاستدلال ، ولنا ترجيح المجاز الأول لكونه معضودًا بالقياس والقواعد .

2415 - الثالث : قوله ﷺ [6] في بعض الطرق في أبي داود والدارقطني : « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يفترقا إلا أن يكون صفقة خيار » [7] ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله فلو كان خيار المجلس مشروعًا لم يحتج للإقالة ، فإن من توجهت [8] نفسه يختار الفسخ ، ولما صرح بما يقتضي احتياجه للآخر وهو الإقالة دل على بطلان خيار المجلس بعد العقد ، وإنما هو ثابت قبل العقد ، وإن المتبايعين هما المتشاغلان بالبيع كما تقدم في الوجه الأول ، وهذا دليل ذلك المجاز .

2416 - الرابع : المعارضة [9] بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر وهذا من الغرر ؛

---

(1) في (ط) : [ﷺ] .

(2) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(3) أخرجه : أبو داود كتاب (سنة) (1) ، الترمذي (الإيمان) (18) .

(4) زيادة من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [القدر] .

(6) في (ط) : [ﷺ] .

(7) أخرجه أبو داود كتاب (البيوع) (2996) .

(8) في (ص) ، (ك) : [جهة] .

(9) قال ابن الشاط : قلت : لا دلالة للفظ على بطلان خيار المجلس إنما هي بالضمن لا بالصريح على تقدير أن لفظ الإقالة حقيقة لا مجاز ، ويلزم عن ذلك مخالفة آخر الكلام أوله فإن أول الكلام يقتضي صريحا ثبوت خيار المجلس ويلزم عن ذلك أيضا أن مقتضى الحديث التأكيد لما هو مقرر من أن المتبايعين أو المتساويين بالخيار وذلك مرجوح فإن حمل كلام الشارع على التأسيس إذا احتمله أولى ويلزم عن ذلك أيضا عدم الفائدة في =

ولأن كل واحدٍ منهما لا يدري ما يحصل له من الثمن والمثمن .

2417 - الخامس : قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : 1] والأمر للوجوب المنافي للخيار .

2418 - السادس : لو صح خيار المجلس لتعذر تولي طرفي العقد ، كشراء الأب لابنه الصغير والوصي والحاكم لأن ذلك مجمع عليه ، فيلزم ترك العمل بالدليل ، وعلى قولنا لا يلزم [كذلك يلزم] [1] فيما يسرع إليه الفساد من الأطعمة كالهرائس والكنائف .

2419 - السابع : أن [2] نقول : خيار المجلس [3] مجهول العاقبة فيبطل كخيار الشرط المجهول العاقبة أو النهاية في الزمان ، فإن خيار المجلس ليس له ضابط إلا الافتراق وقد يطول وقد يقصر ، ومثل ذلك مجمع على بطلانه في خيار الشرط الذي صرح به ، فأولى أن يقتضي بطلان ما لم يصرح به في العقد .

2420 - الثامن : عقد وقع الرضا به فيبطل خيار المجلس فيه كما بعد الإمضاء .

2421 - التاسع : يحمل الحديث على ما إذا قال المشتري بعني فيقول البائع : بعتك ، فإن أبا يوسف قال : له الخيار ما دام في المجلس ، وهذه صورة تفرد بها الحنفية فلابد أن يقول عندهم اشتريت ، وإن كان قد استدعى البيع ، وحملوا عليه قوله عليه الصلاة و [4] السلام في البخاري في آخر الحديث أو يقول أحدهما للآخر [اختر أي] [5] اختر الرجوع عن الإيجاب أو الاستدعاء ، ونحن نحمله على اختيار شرط الخيار ، فيكون معنى الحديث المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا ، فلا خيار أو يقول أحدهما لصاحبه اختر فلا تنفع [6] الفرقة ، ولذلك لم يرد إلا بيع الخيار مع هذه الزيادة .

= الاستثناء بقوله إلا إن تكون صفقة خيار فإنه لا شك أن المتساويين أو المعتادين للبيع والابتياع ما لم يقع بينهما العقد بالخيار في كل حال من أحوالهما وفي صفقة الخيار وغيرها ، وبالجملة ففي حمل لفظ المتبايعين على المجاز وحمل لفظ الإقالة على الحقيقة ضروب من ضعف الكلام وتعارضه وعدم الفائدة وكل ذلك غير لائق بفصاحة صاحب الشرع وفي حمل الإقالة على المجاز وإن المراد بها اختيار الفسخ وحمل المتبايعين على المتعاقدين قوة الكلام واستقامته وثبوت فائدته والله تعالى أعلم .انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (271/3) .

(1) ساقطة من (ك) .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3 ، 4) ساقطة من (ص) و(ك) .

(5) ساقطة من (ص ، ك) .

(6) في (ص ، ك) : [تقع] .

2422 - العاشر : عمل أهل [1] المدينة وهو مقدم على خبر الواحد ، فإن تكرر البيع عندهم مع الأنفاس فعدم المجلس بين أظهرهم يدل على عدم مشروعية دلالة [قاطعة ، والقطع مقدم على الظن ، فهذه عشرة أوجه تسقط دلالة] [2] الخبر .

2423 - ثم نذكر وجها حادي عشر يقتضي الدلالة بالخبر على بطلان خيار المجلس عكس [3] ما تدعيه الشافعية [4] ، وذلك مبني على ثلاث قواعد :

2424 - القاعدة الأولى : أن اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز إذا مضى معناه على الأصح .

2425 - القاعدة الثانية : أن ترتيب الحكم على الوصف يقتضي علية ذلك الوصف لذلك الحكم ، نحو : اقتلوا الكافر وارجموا الزاني واقطعوا السارق ونحوها ، فإن ترتيب هذه الأحكام على هذه الأوصاف تقتضي علية هذه [5] الأوصاف المتقدمة لهذه الأحكام .

2426 - القاعدة الثالثة : أن عدم العلة علة لعدم المعلول ، فعدم الإسكار علة لعدم التحريم ، وعدم الكفر علة لعدم إباحة الدماء والأموال ، وعدم الإسلام في الردة علة لعدم العصمة وهو كثير .

2427 - إذا تقررت هذه القواعد فنقول : الحديث يدل على عدم خيار المجلس لا على ثبوته بيانه وذلك أن المتبايعين حقيقة في حالة الملابسة عملًا بالقاعدة الأولى ، ووصف المبايعة هو علة عدم [6] الخيار عملًا بالقاعدة الثانية ، فإذا انقطعت أصوات الإيجاب والقبول انقطعت المبايعة ، فتكون العلة قد عدمت فيعدم الخيار المرتب عليها ، فلا يبقى خيار بعده عملًا بالقاعدة الثالثة وهو المطلوب ، وهذه القواعد كما دلت على عدم خيار المجلس فهي [7] تدل على أن المتبايعين يتعين حملهما على المتساومين [8] فإن الخيار على

---

(1) ساقطة من (ص) ، (ك) .

(2) ساقطة من (ك) .

(3) في (ص) و (ك) : [على] .

(4) قال ابن الشاط : قلت : ما قاله في ذلك لا يصح ، لأنه مبني على القاعدة الأولى ، و هي فاسدة فكل ما بني عليها فاسد والله أعلم . انظر : ابن الشاط بهامش الفروق (274/3) .

(5) في (ص) ، (ك) : [هذه] .

(6) ساقطة من (ص ، ك) .

(7) في (ص ، ك) : [هي] .

(8) في (ك) : [المتساويين] .

هذا التقدير لا يثبت إلا في هذه الحالة وينقطع بعدها وهو يؤكد الوجه الأول وهذه نبذة حسنة في هذا الفرق بين قاعدة خيار الشرط وخيار المجلس من جهة ما اشتمل عليه خيار المجلس من الغرر ومخالفة القواعد والأدلة وغير ذلك .

الفرق السابع والتسعون والمائة

بين قاعدة ما ينتقل إلى الأقارب من الأحكام من [1] غير الأموال وبين قاعدة ما لا [2] ينتقل من الأحكام

2428 - اعلم أنه يروى عن رسول الله ﷺ أنه قال : « من مات عن حق فلورثته » وهذا اللفظ ليس على عمومه ، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل ، فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب اللعان ، وأن يفيء بعد الإيلاء ، وأن يعود بعد الظهار ، وأن يختار من نسوة إذا أسلم عليهن وهن أكثر من أربع ، وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما ، وإذا جعل المتبايعان له الخيار فمن حقه أن يملك إمضاء البيع عليهما وفسخه ، ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب [كالقضاء والإمارة] [3] والخطابة وغيرهما ، وكالإمامة [4] والوكالة ، فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء ، وإن كانت ثابتة للمورث ، بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقًا بالمال أو يدفع ضررًا عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه ، وما كان متعلقًا بنفس المورث وعقله وشهواته لا ينتقل للوارث ، والسر في الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعًا له ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه ، فلا [5] يرثون ما يتعلق بذلك [فيما يورث ما يتعلق به] [6] وما لا يورث لا يورث [7] ما يتعلق به ، فاللعان يرجع إلى أمر يعتقده لا يشاركه فيه غيره غالبًا ، والاعتقادات ليست من باب المال ، والفيئة شهوته ، والعود إرادته ، واختيار الأختين والنسوة إربه وميله وقضاؤه على المتبايعين عقله وفكرته ورأيه ومناصبه وولايته وآراؤه واجتهاداته وأفعاله الدينية فهو دينه ، ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث لأنه لم يرث مستنده وأصله ، وانتقل للوارث خيار الشرط في البيعات ، وقاله الشافعي رحمه الله تعالى .

2429 - وقال أبو حنيفة وأحمد بن حنبل [رحمهما الله] [8] لا ينتقل إليه وينتقل [إلى الوارث] [9] خيار الشفعة عندنا ، وخيار التعيين إذا اشترى مورثه عبدًا من عبدين على

---

(1) زيادة في (ك) .

(2) ساقطة من (ك) .

(3) في (ط) : [كالقصاص والإمامة] .

(4) في (ط) : [كالأمانة] .

(5) في (ك) : [ولا] .

(6) ساقطة من (ط) و (ك) .

(7) في (ط) : [يرثون] .

(8) زيادة من (ص) ، (ك) .

(9) في (ط) : [للوارث] .

أن يختار ، وخيار الوصية إذا مات موصى له بعد موت الموصي ، وخيار الإقاله والقبول إذا أوجب البيع لزيد فلوارثه القبول والرد .

2430 - وقال ابن المواز : إذا قال : من جاءني بعشرة فغلامي له ، فمتى جاء أحد بذلك إلى شهرين لزمه ، وخيار الهبة وفيه خلاف ، ومنع أبو حنيفة خيار الشفعة ، وسلم خيار الرد بالعيب وخيار [تعدد الصفقة] [1] وحق القصاص وحق الرهن وحبس المبيع وخيار ما وجد من أموال المسلمين في الغنيمة فمات ربه قبل أن يختار أخذه بعد القسمة ، ووافقناه نحن على خيار الهبة في الأب للابن بالاعتصار ، وخيار العتق واللعان والكتابة والطلاق بأن يقول : طلقت امرأتي متى شئت ، فيموت المقول له ، وسلم الشافعي جميع ما سلمناه ، وسلم خيار الإقاله والقبول ، ومدارك المسألة على أن الخيار عندنا صفة للعقد فينتقل مع العقد ؛ فإن آثار العقد انتقلت للوارث ، وعند أبي حنيفة : صفة للعاقد لأنها مشيئته واختياره فتبطل بموته كما تبطل سائر صفاته ، ولأن الأجل في الثمن لا يورث فكذلك في [2] الخيار ، ولأن البائع رضي بخيار واحد وأنتم تثبتونه لجماعة لم يرض بهم وهم الورثة ، فوجب أن لا يتعدى الخيار من اشترط له كما لا يتعدى الأجل [3] من المشترط [4] له .

2431 - والجواب عن الأول : أن اختياره صفته ولكن صفة متعلقة [5] بالمال فينتقل كاختياره الأكل والشرب وأنواع الانتفاع في المال ، فإن جميع ذلك ينتقل تبعًا للمال .

2432 - وعن الثاني : أن الأجل معناه تأخير المطالبة ، والوارث لا مطالبة عليه ، بل هو صفة للدين لا جرم لما انتقل الدين للوارث انتقل مؤجلا ، وكذلك هاهنا تنتقل الصفة لمن انتقل إليه الموصوف ، فهذا لنا لا علينا .

2433 - وعن الثالث : أنه ينتقض [6] بخيار التعيين وبشرط الخيار للأجنبي وقد أثبتوه للوارث ، وبما إذا جنى فإنه ينتقل إلى الولي ما [7] لم يرض به البائع ، فهذا تلخيص مدرك الخلاف ، ويعضدنا في موطن الخلاف قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ [النساء : 12] وهو عام في الحقوق فيتناول صورة النزاع ولم يخرج عن حقوق الأموال إلا صورتان فيما علمت حد القذف وقصاص الأطراف [8] والجرح

---

(1) في (ط) : [تعدد الصفقة] .
(2) ساقطة من (ص) ، (ك) .
(3) في (ك) : [الأجل] .
(4) في (ط) : [من اشتراط] وفي (ك) : [المشروط] .
(5) في (ك) : [بمعلقة] .
(6) في (ك) : [ينقص] .
(7) في (ص ، ك) : [و] .
(8) في (ك) : [للأطراف] .

والمنافع في الأعضاء ، فإن هاتين الصورتين تنتقلان للوارث وهما ليستا بمال لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والجناية عليه ، وأما قصاص النفس فإنه لا يورث فإنه لم يثبت للمجني عليه قبل موته ، وإنما ثبت للوارث ابتداء لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للوارث بعد موت الموروث ، فهذا تلخيص هذا الفرق ببيان سره ومداركه والخلاف فيه .

الفرق الثامن والتسعون والمائة

بين قاعدة ما يجوز بيعه قبل قبضه
وقاعدة ما لا يجوز بيعه قبل قبضه

2434 - قال صاحب الجواهر : لا يتوقف [1] شيء من التصرفات على القبض إلا البيع ، فيمتنع بيع الطعام قبل قبضه ، لقوله ﷺ في الصحيح [2] « من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه » [3] فيمتنع فيما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد إلا في غير المعارضة كالقرض [4] أو البدل ثم لا يجوز لمن صار إليه هذا الطعام بيعه قبل قبضه ، وأما ما بيع جزافًا فيجوز قبل النقل إذا خلى البائع بينه وبينه لحصول الاستيفاء ، ومنع الشافعي وأبو حنيفة بيعه قبل نقله لقول ابن عمر [5] رضي الله عنهما ما [6] كنا نبتاع الطعام على عهد رسول الله ﷺ فيبعث علينا من يأمرنا بنقله من المكان الذي نبتاعه فيه إلى مكان سواه .

2435 - وقال عمر رضي الله عنه : كنا إذا ابتعنا الطعام جزافًا لم نبعه حتى نحوله من مكانه ، والمشهور اختصاص المنع بالطعام ، وتعميمه فيه يتعدى لما فيه حق توفية لنهيه [ﷺ] [7] عن ربح ما لم يضمن [8] خرجه الترمذي .

2436 - وقال الشافعي وأبو حنيفة : يمتنع التصرف في البيع قبل قبضه مطلقًا ، واستثنى أبو حنيفة العقار ؛ لأن العقد لا يخشى انفساخه بهلاكه قبل قبضه ، ووافق المشهور ابن حنبل ، و [9] احتج الشافعي وأبو حنيفة رضي الله عنه بحديث الترمذي المتقدم ، ولأنه عليه

---

(1) في (ص) ، (ك) : [يقف] . (2) في (ص ، ك) : [الصحاح] .

(3) أخرجه : البخاري كتاب (البيوع) (1982) ، مسلم كتاب (البيوع) (2807) ، الترمذي كتاب (البيوع) (1212) ، النسائي كتاب (البيوع) (4518) ، أبو داود كتاب (البيوع) (3029) ، ابن ماجه (تجارات) (2218) ، الموطأ (بيوع) (1154) . (4) في (ص ، ك) : [في القرض] .

(5) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب ، والإمام القدوة ، أبو عبد الرحمن القرشي العدوي ، أسلم وهو صغير ثم هاجر مع أبيه روى علمًا كثيرًا عن النبي ﷺ ، وعن أبيه ، وأبي بكر وعثمان ، وعلي وغيرهم ، وعنه : آدم من علي ، وأسلم مولى أبيه ، وأنس وابن سيرين وغيرهم .

واختلف في وفاته فقيل : مات سنة (73) وقيل أربع وسبعين ، وقال الذهبي : الظاهر أنه توفي آخر سنة ثلاث وسبعين . سير أعلام النبلاء 346/4 .

(6) زائدة في (ط) . (7) في (ط) : [ﷺ] .

(8) أخرجه : النسائي كتاب (البيوع) (71) ، الترمذي كتاب (البيوع) (19) ، ابن ماجه كتاب (التجارات) (120) ، أحمد 175/2 . (9) ساقطة من (ص ، ك) .

الصلاة والسلام لما بعث عتاب بن أسيد [1] أميرًا على مكة أمره أن ينهاهم عن بيع ما لم يقبضوا [2] ، أو ربح ما لم يضمنوا ، وبالقياس على الطعام .

2437 - والجواب عن الأول والثاني : أن هذه الأحاديث المراد بها نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عندك فينهى الإنسان [3] عن بيع ملك غيره ويضمن تخليصه ، لأنه غرر ، ودليله قوله ﷺ : « الخراج بالضمان » [4] والغلة للمشتري فيكون الضمان منه [5] فما باع إلا مضمونًا فما يتناول الحديث محل النزاع .

2438 - وعن الثالث : الفرق بأن [6] الطعام أشرف من غيره لكونه سبب قيام البنية وعماد الحياة ، فشدد الشرع فيه [7] على عادته في تكثير الشروط فيما عظم شرفه كاشتراط الولي [8] والصداق في عقد النكاح دون عقد البيع ، وشرط في القضاء ما لم يشترط في منصب الشهادة ، ثم يتأكد ما ذكرناه بمفهوم نهيه ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى ، ومفهومه أن غير الطعام يجوز بيعه قبل أن يستوفى ، وقوله تعالى : [9] ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة : 275] .

2439 - فإن قلت : أدلة الخصوم عامة في الطعام وغيره ، والقاعدة الأصولية أن اللفظ العام لا يخصص بذكر بعضه ، فالحديث الخاص بالطعام لا يخصص تلك العمومات ، فإن من شرط المخصص أن يكون منافيًا ، ولا منافاة بين الجزء والكل ، والقاعدة أيضًا أن الخاص مقدم على العام عند التعارض ، وقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة : 275] عام ، وتلك الأحاديث خاصة فتقدم على الآية ، والاعتماد في تخصيص تلك الأدلة [10] على عمل أهل المدينة لا يستقيم ؛ لأن الخصم لا يسلم أنه

---

(1) هو عتاب بن أسيد بن أبي العيص القرشي الأموي ، ويكني أبا عبد الرحمن ، وقيل : أبو محمد . وأمه زينب بنت عمرو أسلم يوم فتح مكة ، واستعمله النبي ﷺ على مكة بعد الفتح لما سار إلى حنين . وكان عتاب من أسيد رجلا خيرًا صالحا فاضلا ، قال الواقدي : توفي عتاب يوم مات أبي بكر ، ومثله قال أولاد وعتاب . أسد الغابة 556/3 .

(2) في (ك) : [يقبضوه] .

(3) في (ك) : [للإنسان] .

(4) أخرجه : أبو داود كتاب (البيوع) (71) ، الترمذي كتاب (البيوع) (53) ، النسائي كتاب (البيوع) (15) ، ابن ماجه كتاب (التجارات) (47 ، 43) .

(5) في (ص) ، (ك) : [له] .

(6) في (ص ، ك) : [بالفرق لأن] .

(7) زيادة من (ص ، ك) .

(8) في (ص) : [الوطء] .

(9) في (ص) و (ك) : [ﷺ] .

(10) في (ك) : [للأدلة] .

حجة فضلًا عن تخصيص الأدلة به [1] .

2440 - قلت : أسئلة صحيحة متجهة الإيراد لا يحضرني عنها جواب نظائر ، قال العبدي [2] : يجوز بيع الطعام قبل قبضه في خمسة مواضع : الهبة ، والميراث على اختلاف ، والاستهلاك ، والقرض ، والصكوك ، وهي أعطيات الناس من بيت المال .

واختلف في طعام أهل [3] الصلح ووقعت الرخصة في الشركة في الطعام قبل قبضه ، والإقالة والتولية تنزيلًا للثاني منزلة الأول المشتري على وجه المعروف بشرط أن لا يفترق العقدان في أجل أو مقدار أو غيرهما ؛ لأن ذلك يشعر بالمكايسة ، ومنع الشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل ﷺ [4] الجميع نظرًا للنقل والمعاوضة ، فهذا تلخيص الفرق بين القاعدتين .

---

(1) زيادة من (ص ، ك) .

(2) في (ط) : [العبد] .

(3 ، 4) ساقطة من (ص) ، (ك) .

الفرق التاسع والتسعون والمائة

بين قاعدة ما يتبع العقد عرفا وبين قاعدة ما لا يتبعه

2441 - قال صاحب الجواهر وغيره : « إذا قال أشركتك معي في السلعة » [يحمل على] [1] النصف ، وبيع الأرض يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر كما بور الثمار ، فإن كان كامنا في الأرض اندرج على إحدى [2] الروايتين كما تندرج الحجارة المخلوقة فيها دون المدفونة إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك ما في [3] باطنها .

2442 - وقال الشافعي ﷺ [4] : لا يندرج في الأرض البناء الكثير ولا الغرس وعندنا يندرج في لفظ الدار الخشب المسمر [5] [والسلم المستقل] [6] ؛ ويندرج المعدن في لفظ الأرض دون الكنز لأن المعدن من الأجزاء فليس من هذا الباب .

2443 - وقال ابن حنبل : يندرج في الأرض البناء [والغرس وفي] [7] لفظ الدار الأبواب والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة وما هو من مصالحها دون الحجر المدفون لأنه [8] كالوديعة ، وتندرج الحجارة المخلوقة فيها والمعدن دون الكنز [9] ، وعندنا إذا باع البناء يندرج فيه الأرض كما اندرج في لفظ الدار التوابيت ومرافق البناء كالأبواب والرفوف والسلم المثبت دون المنقولات ولفظ العبد يتبعه [10] ثيابه التي عليه إذا أشبهت مهنته دون ماله ، ولفظ الشجر تتبعه الأرض واستحقاق البناء مغروسًا والثمرة غير المؤبرة دون المؤبرة .

2444 - وقال ابن حنبل : لا تندرج الأرض في لفظ [11] الشجر ، ووافقنا الشافعي وابن حنبل في الثمار ، وقال أبو حنيفة هي للبائع مطلقًا ، وفي الموطأ قال رسول الله ﷺ :

---

(1) ساقطة من (ص) .

(2) في (ص) : [أحد] .

(3) زيادة من (ك) .

(4) ساقطة من (ص ، ك) .

(5) في (ص ، ك) : [السمر] .

(6) في (ص ، ك) : [المنتقل] .

(7) في (ك) : [الغراس في] .

(8) ساقطة من (ك) .

(9) في (ك) : [الكنوز] .

(10) في (ص) : [يستتبع] .

(11) ساقطة من (ك) .

« من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع »[1] ومفهومه يقتضي أنها[2] إذا لم تؤبر للمبتاع أو[3] لأنه ﷺ إنما جعلها للبائع بشرط الإبار ، فإذا انتفى الشرط انتفى المشروط[4] فالأول مفهوم الصفة، والثاني مفهوم الشرط ، وهذا ضعيف من جهة أن الحنفية لا يرون المفهوم حجة فلا يحتج عليهم به بل نقيس الثمرة على الجنين إذا خرج لم يتبع وإلا اتبع[5] ، أو نقيسها على اللبن قبل الحلاب واستتار الثمار في الأكمام[6] كاستتار الأجنة في الأرحام واللبن في الضروع ، أو نقيسها على الأغصان والورق ونوى التمر وهذه الأقيسة أقوى من قياسهم بكثير لقوة جامعها[7] ، وأما قياسهم غير المؤبر على المؤبر ففارقه ظاهر وجامعه ضعيف ، ولفظ إطلاق الثمار في رؤوس النخل يقتضي عندنا التبقية بعد الزهور[8] وقاله الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يقتضي القطع كسائر المبيعات ولما فيه من الجهالة .

2445 - والجواب أن العقد معارض بالعادة ومثل[9] هذه الجهالة لا تقدح في العقود كما لو اشترى طعاما[10] كثيرًا فإنه يؤخره زمانا طويلا لقبضه وتحويله وبيع الدار فيها الأمتعة الكثيرة لا يمكن خلوها[11] إلا في زمان طويل ، ولفظ المرابحة ، عندنا[12] يقتضي أن كل صنعة قائمة كالصبغ ، والخياطة ، والكماد ، والطرز[13] ، والفتل[14] ، والغسل ، يحسب ويحسب له ربح وما[15] ليس [له عين][16] قائمة ، ولا يسمي السلعة ذاتا ولا

---

(1) أخرجه البخاري في « صحيحه » كتاب البيوع ، باب من باع نخلًا قد أبرت رقم 2203 ومسلم في صحيحة ، كتاب البيوع باب من باع نخلًا رقم 80 وأحمد في مسنده 6/2 ، ومالك في الموطأ رقم 617 عن عبد الله بن عمر .

(2) ساقطة من (ص ، ك) .

(3) زيادة من (ك) .

(4) في (ط) : [المشرط] .

(5) في (كح) : [بيع] .

(6) في (ك) : [الكمام] .

(7) في (ك) : [مجامعها] .

(8) في (ص) : [الزهر] .

(9) ساقطة من (ك) .

(10) ساقطة من (ص) .

(11) في (ك) : [خلوها] .

(12) ساقطة من (ك) .

(13) في (ص ، ك) : [الطراز] .

(14) ساقطة من (ص ، ك) .

(15) ساقطة من (ك) .

(16) في (ص) : [عينا] .

سوقا لا يحسب و] [1] لا يحسب له ربح ؛ لأنه لم ينتقل للمشتري ولا يقابل بشيء وإن كان متولي هذا الطرز[2] والصبغ بنفسه لم يحسب ولا [3] يحسب له ربح لأنه كمن وصف ثمنا على سلعة باجتهاده ، وهذه الأحكام عندنا تتبع قوله بعتك هذه السلعة مرابحة للعشرة أحد عشر أو بوضيعة للعشر [4] أحد عشر أو يقول للعشرة [5] عشرة وضيعة أو مرابحة ، ومعنى هذا الكلام إذا قال للعشرة [6] اثنا عشر أي ينقص السدس في الوضيعة أو يزيد السدس في الزيادة ، لأن اثنين سدس اثني عشر وللعشرة [7] عشرة معناه يضاف للعشرة عشرة فتكون الزيادة أو النقصان النصف لأن إخراج عشرة[8] من عشرة محال وهذا الكلام مع بقية تفاريع هذا الباب كلها مبنية على العوائد[9] وإلا فمن أين لنا مالا [10] يحسب ويحسب ربحه وعكسه ولولا العوائد لكان هذا تحكما صرفا وبيع المجهول والغرر في الثمن وأنه [11] غير جائز إجماعًا ، ولو أطلق هذا اللفظ في زماننا لم يصح به بيع لعدم فهم [12] المقصود منه لغة ولا عرفًا فجميع هذه المسائل وهذه الأبواب التي سردتها [13] مبنية على العوائد غير مسألة الثمار المؤبرة [وغير المؤبرة] [14] بسبب أن مدركها النص والقياس وما عداها مدركه العرف والعادة فإذا تغيرت العادة أو بطلت بطلت هذه الفتاوى وحرمت الفتوى بها لعدم مدركها فتأمل ذلك ، بل تتبع الفتاوى [15] هذه العوائد كيفما تقلبت [16] كما تتبع النقود في كل عصر وحين وتعيين المنفعة من الأعيان المستأجرة إذا سكت عنها فتنصرف بالعادة للمنفعة المقصودة منها عادة لعدم اللغة ففي البابين ، وكل ما صرح به في العقد واقتضته اللغة فهذا هو الذي لا يختلف باختلاف العوائد ولا يقال أن العرف اقتضاه .

---

(1) ساقطة من (ك) .

(2) في (ص) : [الطراز] .

(3) ساقطة من (ص ، ك) .

(4) في (ص ، ك) : [العشرة] .

(5) في (ص ، ك) : [للعشرة] .

(6) في (ص ، ك) : [العشرة] .

(7) في (ص ، ك) : [العشرة] .

(8) في (ص ، ك) : [عشر] .

(9) في (ك) : [الوايد] .

(10) في (ك) : [ما] .

(11) زيادة من (ك) .

(12) في (ك) : [تم] .

(13) في (ك) : [سرتها] .

(14) زيادة من (ك) .

(15) في (ك) : [الفتوى] .

(16) في (ك) : [ينقلب] .

2446 - فهذا تلخيص هذا الفرق ، وقد اشتمل [على ستة] [1] ألفاظ لفظ الشركة ، ولفظ الأرض ، ولفظ البناء ، ولفظ الدار ، ولفظ المرابحة [2] ، ولفظ الثمار ، هذه الألفاظ كلها حكمت فيها العوائد .

(1) في (ك) : [سبعة] .

(2) في (ص ، ك) : [المزارعة] .

الفرق المائتان

بين قاعدة ما يجوز من السلم وبين قاعدة مالا يجوز منه

2447 - السلم [1] جائز [2] ما اجتمع فيه أربعة عشر شرطا :

2448 - الأول : تسليم جميع رأس المال حذرا من الدين بالدين .

2449 - الثاني : السلامة من السلف بزيادة فلا تسلم شاة في [3] شاتين متقاربتي [4] المنفعة .

2450 - الثالث : السلامة من الضمان بجعل فلا يسلم جذع في نصف جذع من جنسه .

2451 - الرابع : السلامة من النساء في الربوي فلا يسلم النقدان [5] في تراب المعادن .

2452 - الخامس : أن يكون المسلم فيه يمكن ضبطه بالصفات فيمتنع سلم خشبة في تراب المعادن .

2453 - السادس : أن يقبل النقل حتى يكون في الذمة فلا يجوز السلم في الدور .

2454 - السابع : أن يكون معلوم المقدار فلا يسلم في الجزاف [6] .

2455 - الثامن : ضبط الأوصاف التي تختلف المالية باختلافها نفيا للغرر .

2456 - التاسع : أن يكون مؤجلا فيمتنع السلم الحال .

2457 - العاشر : أن يكون الأجل معلوما نفيا للغرر .

2458 - الحادي عشر : أن يكون الأجل زمن وجود المسلم فيه فلا يسلم في فاكهة الصيف ليأخذها في الشتاء .

2459 - الثاني عشر : أن يكون مأمون التسليم عند الأجل نفيا للغرر فلا يسلم في [البستان الصغير .

2460 - الثالث عشر : أن يكون دينا في الذمة فلا يسلم في] [7] معين ؛ لأنه متعين يتأخر قبضه فهو غرر .

---

(1) في (ص) : [السلم وما لا يجوز السلم منه] .

(2) في (ص ، ك) : [الجائز] .

(3) في (ك) : [من] .

(4) في (ك) : [متقاربة] .

(5) في (ك) : [التقرير] .

(6) في (ك) : [الجواز] .

(7) ساقطة من (ك) .

2461 - **الرابع عشر** : تعيين مكان القبض باللفظ أو العادة نفيا للغرر فمتى انخرم شرط من هذه الشروط فهو السلم الممنوع وبضبطها يحصل الفرق بين البابين ، ولم أر أحدا وصلها للعشرة وهي أربعة عشر كما ترى وفروع المدونة شاهدة لها وفي الشرط ستة مسائل .

2462 - **المسألة الأولى** : الحذر من بيع الدين بالدين وأصله نهيه ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء ، وهاهنا [1] قاعدة وهي أن مطلوب [2] صاحب الشرع صلاح ذات البين وحسم مادة الفساد [3] والفتن حتى بالغ في ذلك بقوله ﷺ : « لن تدخلوا الجنة حتى تحابوا [4] » وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين فكان ذلك سببا لكثرة الخصومات والعداوات ، فمنع الشرع ما يقضي لذلك وهو بيع الدين بالدين .

2463 - **فائدة** الكالئ من الكلاءة التي هي الحراسة فهو اسم فاعل إما للبائع أو للمشتري؛ لأن كل واحد منهما مراقب [5] صاحبه ويحفظه [6] لأجل ماله عنده فيكون في الكلام حذف تقديره نهى عن بيع [مال الكالىء] [7] لأن الرجلين لا يباع أحدهما بالآخر ، وإما أن يكون اسمًا للدينين لأن كل دين يحفظ صاحبه عند الفلس عن الضياع ويستغني عن الحذف أيضا [8] [لقبولهما البيع ، أو يكون اسم الفاعل بمعنى اسم لمفعول كالماء الدافق بمعنى المدفوق ويستغني عن الحذف أيضا] [9] وعلى التقادير الثلاثة فهو مجاز [10] لأنه إطلاق اسم الفاعل باعتبار المستقبل فإن الكلاءة لا تحصل حالة العقد ، وورد النهي قبل الوقوع فإذا حصل الدين في المسلم فيه فقط جاز [بشروطه لأن] [11] لنا قاعدة هو أن المصالح ثلاثة أقسام كما تقرر

---

(1) في (ك) : [أو] .

(2) في (ك) : [المطلوب] .

(3) في (ك) : [الفسادة] .

(4) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الإيمان باب أن لا يدخل الجنة إلا المؤمنون [رقم 54/93] بلفظ « لا تدخلون الجنة حتى تؤمنوا ولا تؤمنوا حتى تحابوا » عن أبي هريرة ﷺ .

(5) في (ك) : [يراقب] .

(6) في (ك) : [يحفظ] .

(7) في (ك) : [مال الكالئ ومال الكالئ] .

(8) ساقطة من (ص) .

(9) ساقطة من (ك) .

(10) من بعد كلمة مجازا زادت العبارة التالية في (ك) : [لقبولهما للبيع أو يكون اسم الفاعل بمعنى اسم المفعول كالماء الدافق بمعنى المدفوق ، ويستغني عن الحذف أيضا وعلى التقادير الثلاثة فهو مجاز] .

(11) في (ك) : [بشرط] .

في أصول الفقه [1] ضرورية كنفقة الإنسان على نفسه ، وحاجية كنفقة الإنسان على زوجاته وتمامية كنفقة الإنسان على أقاربه لأنها تتمة مكارم الأخلاق ، والرتبة الأولى [2] مقدمة على الثانية والثانية مقدمة على الثالثة والسلم من المصالح التمامية لأنه من تمام المعاش وكذلك [من المساقاة] [3] وبيع الغائب .

2464 - المسألة الثانية : في بيان علة جر السلف النفع للمسلف وذلك أن الله ﷻ شرع [4] السلف قربة للمعروف ولذلك استثناه من الربا المحرم فيجوز دفع دينار ليأخذ عوضه دينارًا إلى أجل قرضا ترجيحا لمصلحة الإحسان على مفسدة الربا وهذا من الصور التي قدم الشرع فيها المندوبات على المحرمات ، ومن الصور التي مصلحتها تقتضي الإيجاب ، لكن ترك الشرع ترتيب الإيجاب عليها رفقا بالعباد كمصلحة السواك فقال ﷺ : لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك » [وقد بسط هذه المسألة] [5] في كتاب : « اليواقيت في أحكام المواقيت [6] » وقد [7] تقدم منه نبذة في هذا الكتاب يدلك على أن مصلحة السلف تقتضي الوجوب معارضتها للمحرم ومعارضة مفسدة التحريم تقتضي أن تكون مصلحة إيجاب بل أعظم من أصل الإيجاب ، فإن المحرم يقدم على الواجب عند التعارض على الصحيح فتقديم هذه المصلحة يقتضي عظمها على [8] أصل الوجوب ، فإذا وقع القرض ليجر نفعا بطلت مصلحة الإحسان بالمكايسة فتبقى مفسدة الربا سليمة عن المعارض فيما يحرم فيه الربا فيترتب عليها التحريم ، ووجه آخر وهو أنهما خالفا مقصود الشارع وأوقعا ما لله لغير الله وهو وجه تحريم مالا ربا فيه كالعروض ، وهو دون الأول في التحريم .

2465 - المسألة الثالثة : في الشرط الثاني قال أبو الطاهر في ضبط هذا الشرط : المسلم فيه إن خالف الثمن جنسا ومنفعة جاز لبعد [9] التهمة أو اتفقا امتنع إلا أن يسلم الشيء في مثله فيكون قرضا بلفظ السلم فيجوز ، وإذا كانت المنفعة للدافع

---

(1) ساقطة من (ص) .
(2) في (ك) : [إلا] .
(3) في (ك) : [المساقاة] .
(4) في (ك) : [تعالى] .
(5) في (ك) : [بسط هذا الفصل] ، وفي (ص) : [بسط هذا الفصل] .
(6) للإمام شهاب الدين أبي العباس القرافي المتوفي سنة 684 هـ إيضاح المكنون 732/4 .
(7) ساقطة من (ص) .
(8) في (ص) : [عن] .
(9) في (ص ، ك) : [لتعدد] .

امتنع اتفاقا ، وإن دارت بين الاحتمالين فكذلك لعدم تعين مقصود الشارع فإن تمحضت للقابض فالجواز وهو الظاهر[1] والمنع لصورة المبايعة وللمسلف رد العين وهاهنا اشترط الدافع رد المثل فهو غرض [2] له ، وإن اختلف الجنس دون المنفعة فقولان الجواز للاختلاف ؛ والمنع لأن مقصود الأعيان منافعها وإن اختلفت دون الجنس جاز لتحقق المبايعة .

2466 - المسألة الرابعة : في الشرط الثالث وهو الضمان يجعل في بيان سره ، وذلك بيان قاعدة وهي أن الأشياء ثلاثة أقسام : قسم اتفق الناس على أنه قابل للمعاوضة كالبر والأنعام ، وقسم اتفق الناس على عدم قبوله للمعاوضة كالدم والخنزير ونحوهما من الأعيان و [القبلة والتعانق] [3] من المنافع ، وكذلك النظر إلى المحاسن ، ولذلك لا نوجب فيها عند الجناية عليها شيئا لأنها [غير متقومة شرعا] [4] ، ولو كانت تقبل القيمة الشرعية [5] لوجبت عند الجناية عليها كسائر المنافع الشرعية ، ومنها ما اختلف فيه هل يقبل المعاوضة أم لا ؟ كالأزبال وأرواث الحيوان من الأعيان والأذان ، والإمامة ، من المنافع فمن العلماء من أجازه ، ومنهم من منعه إذا تقررت هذه القاعدة فالضمان في الذمم من قبيل ما منع الشرع المعاوضة فيه وإن كان منفعة مقصودة للعقلاء ، كالقبلة [6] وأنواع الاستمتاع مقصودة للعقلاء ولا تصح المعاوضة عليها فإن صحة المعاوضة حكم شرعي يتوقف على دليل شرعي ، ولم يدل دليل عليه فوجب نفيه أو يستدل بالدليل النافي لانتفاء الدليل المثبت وهو القياس على تلك الصور .

2467 - المسألة الخامسة : في الشرط التاسع وهو منع السلم الحال ومنعه أبو حنيفة وابن حنبل وجوزه الشافعي ﷺ أجمعين ، احتج الشافعي ﷺ بقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ ولأنه ﷺ اشترى جملا من أعرابي بوسق من تمر الذخيرة فلما دخل البيت لم يجد التمر فقال للأعرابي : إني لم أجد التمر ، فقال الأعرابي : واغدراه فاستقرض رسول الله ﷺ وسقا [7] وأعطاه فجعل الجمل قبالة وسق في الذمة وهو

---

(1) في (ص) : [ظاهر] .
(2) في (ك) : [عرض] .
(3) في (ص ، ك) : [القتل والعتاق] .
(4) في (ك) : [غير متفق عليه شرعا] .
(5) ساقطة من (ص ، ك) .
(6) في (ص) : [القتل] .
(7) ساقطة من (ص) .

السلم الحال وبالقياس على غيره من البيوع ، وبالقياس على الثمن في البيوع لا يشترط فيها الأجل ولأن السلم إذا جاز مؤجلا فليجز منجزًا بطريق الأولى لأنه أنفى للغرر .

2468 - والجواب عن الأول : أنه مخصوص [1] بقوله ﷺ : « من أسلم فليسلم إلى أجل معلوم » [2] وهو أخص من الآية فيقدم عليها وهو أمر والأمر للوجوب .

2469 - وعن الثاني : إن صح فليس بسلم بل وقع العقد على تمر معين موصوف فلذلك قال لم أجد شيئا والذي في الذمة لا يقال فيه ذلك لتيسره بالشراء لكن لما رأى رغبة البدوي في التمر اقترض له تمرا آخرا ، ولأنه ادخل الباء على التمر فيكون ثمن لا مثمونا لأن الباء من خصائص الثمن .

2470 - وعن الثالث : أن البيع موضوع للمكايسة والتعجيل يناسبها ، والسلم موضوعه الرفق والتأجيل يناسبه والتعجيل ينافيه ويبطل مدلول الاسم بالحلول في السلم ، ولا يبطل مدلول البيع بالتأجيل فلذلك صحت مخالفة قاعدة البيع في المكايسة في التأجيل ولم تصح مخالفة السلم بالتعجيل وهو الجواب عن **الرابع** وعن **الخامس** أن الأولوية [3] فرع الشركة ولا شركة هاهنا بل التباين لأنه جازه مؤجلا للرفق والرفق لا يحصل بالحلول فكيف يقال بطريق الأولى بل ينفى البتة ، سلمنا أن بينهما مشتركا لكن لا نسلم عدم الغرر مع الحلول بل الحلول في السلم غرر ؛ لأنه إن كان عنده فهو قادر على بيعه معينا حالا فعدوله إلى السلم قصد للغرر وإن لم يكن عنده فالأجل يعينه على تحصيله والحلول يمنع ذلك ويعين الغرر وهذا هو الغالب ؛ لأن ثمن المعين أكثر فلو كان عنده لعينه لتحصيل فضل الثمن فيندرج الثمن [4] الحال في الغرر فيمتنع قوله إن جوازه بطريق الأولى ، وهذا الكلام في هذا القياس عزيز فإن الشافعية يظنون بهذا القياس أنه قطعي وأنه يقتضي الجواز بطريق الأولى ، ويحكون هذه العبارة عن الشافعي ﷺ فقد ظهر بهذا البحث انعكاسه عليهم وظهر أنه غرر ؛ لا أنه أنفى للغرر بل أوجد للغرر ثم نقول أحد العوضين في السلم فلا يقع إلا على

---

(1) في (ك) : [مختصر] .

(2) أخرجه الألباني في إرواء الغليل 218/5 وأبي حاتم في العلل المتناهية رقم 1158 بلفظ « من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم » عن ابن عباس ﷺ .

(3) في (ص) : [الأولية] .

(4) في (ص) : [السلم] .

وجه واحد كالثمن .

2471 - المسألة السادسة : في الشرط الثاني عشر يجوز السلم فيما ينقطع في بعض الأجل وقاله الشافعي وابن حنبل ﷺ ، ومنعه أبو حنيفة ﷺ واشترط استمرار وجود المسلم [1] فيه من حين العقد إلى حين القبض محتجا بوجوه .

2472 - الأول : احتمال موت البائع فيحل [2] السلم بموته فلا يوجد المسلم فيه .

2473 - الثاني : إذا كان معدما قبل الأجل وجب أن يكون معدما [3] عنده عملا بالاستصحاب فيكون غررا فيمتنع إجماعا .

2474 - الثالث : أنه معدوم عند العقد فيمتنع في المعدوم كبيع الغائب على الصفة إذا كان معدوما .

2475 - الرابع : أن المعدوم [4] أبلغ في الجهالة فيبطل قياسا عليها بطريق الأولى ؛ لأن المجهول الموجود له ثبوت من بعض الوجوه بخلاف [5] المعدوم هو نفي محض .

2476 - الخامس : أن ابتداء العقود آكد من انتهائها بدليل اشتراط الولي وغيره في ابتداء النكاح [6] ومنافاة اشتراط أجل معلوم فيه وهو المتعة فينا في التحديد أوله دون آخره ، وكذلك البيع يشترط أن يكون المبيع معلوما مع شروط كثيرة ، و [لا يشترط ذلك بعد ذلك فكل ما [7] ينافي أوله ينافي آخره من غيره عكس والعدم ينافي آخر الأجل] [8] فينافي أول العقد بطريق الأولى .

2477 - والجواب عن الأول : أنه لو اعتبر لكان الأجل في السلم مجهولا لاحتمال الموت فيلزم بطلان كل اسم كذلك البيع بثمن إلى أجل بل الأصل عدم تغير ما كان عند العقد بقاء الإنسان إلى حين التسليم ، فإن وقع الموت وقفت التركة إلى الأبان فإن

---

(1) في (ك) : [السلم] .

(2) في (ط) : [فيحمل] .

(3) في (ك) : [معدوما] .

(4) في (ص) : [العدم] .

(5) زيادة من (ص ، ك) .

(6) ساقطة من (ص) .

(7) في (ط) : [فكلما] .

(8) في (ك) : [وبها يشترط ذلك بعد ذلك فيحل ما ينافي آخر العقد فينافي أوله من غير عكس والعدم ما في عقد الأجل] وفي (ص) : [ولا يشترط ذلك بعد ذلك فكل ما ينافي آخر العقد ينافي أوله ... عقد الأجل] .

الموت لا يفسد البيع .

2478 - وعن الثاني : أن الاستصحاب معارض بالغالب فإن الغالب وجود الأعيان في إبانها .

2479 - وعن الثالث : أن الحاجة تدعو إلى العدم في السلم ، بخلاف بيع الغائب لا ضرورة تدعو إلى ادعاء وجوده بل نجعله سلما فلا يلزم من ارتكاب الغرر للحاجة ارتكابه لغير حاجة فلا يحصل مقصود الشارع من الرفق في السلم إلا مع العدم وإلا فالموجود يباع بأكثر من ثمن السلم .

2480 - وعن الرابع : أن المالية منضبطة مع العدم بالصفات وهي مقصود عقود التهمة بخلاف الجهالة ثم ينتقض ما ذكرتم بالإجارة تمنعها الجهالة دون العدم .

2481 - وعن الخامس : أنا نسلم أن ابتداء العقود آكد في نظر الشرع لكن آكد من استمرار آثارها ونظيره هاهنا بعد القبض وإلا فكل ما يشترط من أسباب المالية عند العقد يشترط في المعقود عليه عند التسليم ، وعدم المعقود عليه عند العقد مع وجود المعقود عليه عند التسليم لا مدخل له في المالية البتة بل المالية مصونة بوجود المعقود عليه عند التسليم فهذا العمل [1] حينئذ طردي فلا يعتبر في الابتداء ولا في الانتهاء مطلقا ، بل يتأكد مذهبنا بالحديث الصحيح « أن رسول الله ﷺ قدم المدينة فوجدهم يسلمون في الثمار السنة والسنتين والثلاث [2] فقال عليه السلام : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلا أجل معلوم » وهذا يدل [3] من وجوه :

2482 - أحدها : أن ثمر السنين معدوم .

2483 - وثانيها : أنه عليه السلام أطلق ولم يفرق .

2484 - وثالثها : أن الوجود لو كان شرطا لبينه عليه السلام [4] ؛ لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة ممتنع أو نقول إنه وقت لم يجعله المتعاقدان محلا للسلم [5] فيه فلا يعتبر وجوده كما بعد الأجل ؛ لأن القدرة على التسليم إنما تطلب في وقت اقتضاء العقد لها أما مالا يقتضيه فيستوي فيه قبل الأجل لتوقع الموت وبعده لتعذر الوجود فيتأخر

---

(1) في (ك ، ص) : [العدم] .
(2) في (ص ، ك) : [الثلاثة] .
(3) في (ص) : [وهو] .
(4) ساقطة من (ص) .
(5) في (ص ، ك) : [للمسلم] .

القبض فكما أن أحدهما ملغي إجماعا فكذلك الآخر وقياسا على [1] أثمان بيوع الآجال قبل محلها .

قد تم بعون الله طبع الجزء الثالث من أنوار البروق

في أنواء الفروق ، ويليه الجزء الرابع أوله الفرق الحادي والمائتان

(1) في (ك) : [عدم] وفي (ص) : [على عدم] .

فهرس الجزء الثالث من كتاب الفروق للقرافي

الفرق الخامس والعشرون والمائة

الفرق السادس والعشرون والمائة

الفرق الثلاثون والمائة

الفرق الحادي والثلاثون والمائة

الفرق الثاني والثلاثون والمائة

الفرق الثالث والثلاثون والمائة

الفرق السادس والخمسون والمائة

الفرق السابع والخمسون والمائة

الفرق الثامن والخمسون والمائة

الفرق التاسع والخمسون والمائة

الفرق الستون والمائة

الفرق الحادي والستون والمائة

الفرق الثاني والستون والمائة

الفرق الثالث والستون والمائة

الفرق الرابع والستون والمائة

الفرق الخامس والستون والمائة

الفرق السادس والستون والمائة

الفرق السابع والستون والمائة

الفرق الثامن والستون والمائة

الفرق التاسع والستون والمائة

الفرق السبعون والمائة

الفرق الحادي والسبعون والمائة

الفرق الحادي والثمانون والمائة

الفرق الثاني والثمانون والمائة

الفرق الثالث والثمانون والمائة

الفرق الرابع والثمانون والمائة

الفرق الخامس والثمانون والمائة

الفرق السادس والثمانون والمائة

الفرق السابع والثمانون والمائة

الفرق الثامن والثمانون والمائة

الفرق التاسع والثمانون والمائة

الفرق التسعون والمائة

الفرق الحادي والتسعون والمائة

الفرق الثاني والتسعون والمائة

الفرق الثالث والتسعون والمائة

الفرق الرابع والتسعون والمائة

الفرق الخامس والتسعون والمائة

(1) زائدة في (ك) .

(2) ساقطة من (ك) .